Münster.1928,№1

Jur. Diss.

JURA

# Die Rechtsstellung des Privateigentümers von Sachen des Gemeingebrauchs, unter besonderer Berücksichtigung der Fälle des Sondergebrauchs an ihnen.

(Eine Untersuchung vorwiegend nach preußischem Recht)

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster i. W.

vorgelegt von

Wilhelm Helmuth van Almsick

aus Essen/Ruhr.

MÜNSTERSCHE BUCHDRUCKEREI UND VERLAGSANSTALT
G. M. B. H.
MÜNSTER-WESTFALEN

1920

Referent: Herr Prof. Dr. Lukas
Korreferent: Herr Prof. Dr. Bühler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Herrn Hans Magis
ergebenst zugeeignet.

# Vorwort.

Bei der wachsenden Bedeutung der öffentlichen Sachen, insbesondere der „Sachen des Gemeingebrauchs", dürften die in der vorliegenden Abhandlung erörterten Fragen nicht nur für die Wissenschaft, sondern auch für die Praxis der Verwaltungsbehörden, insbesondere der Kommunalverbände, des weiteren aber auch für solche privatwirtschaftlichen Unternehmungen, deren Betrieb die Benutzung der öffentlichen Straßen, Plätze, Flüsse, etc. bedingt, von steigendem Interesse sein. Ich habe mich daher bei der grundsätzlich wissenschaftlichen Bearbeitung des Problems bemüht, auch die Belange der Praxis weitgehendst zu berücksichtigen.

Beim Erscheinen des Werkes von W. Jellinek, Verwaltungsrecht, Berlin 1928, war dieses Heft bereits abgeschlossen.

Die Anregung zu dieser Arbeit gab mir Herr Universitätsprofessor Dr. Jos. Lukas, Münster, dem ich für seine fördernde Mitwirkung auch an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank aussprechen möchte.

Die Widmung gilt einem Manne der Praxis, einem Freund und Förderer der Wissenschaft, dem ich wegen mannigfacher Anregungen, die ich in seinem Hause empfangen, zu besonderem Danke verpflichtet bin.

Essen, den 15. April 1928.

WILHELM HELMUTH VAN ALMSICK.

# Inhaltsübersicht.

I. Abschnitt: Grundbegriffe.

§ 1. Die öffentlichen Sachen im allgemeinen, ihre Eigentumsfähigkeit und Indienststellung . . . . . 1

§ 2. Die Gebrauchsarten an Sachen des Gemeingebrauchs . 7

II. Abschnitt: Die Stellung des Gesetzgebers zum Problem.

§ 3. Das Recht der öffentlichen Wege . . . . . 15

§ 4. Das Recht der öffentlichen Wasserläufe . . . . 28

III. Abschnitt: Versuch einer systematischen Behandlung des Problems.

§ 5. Der Widmungsakt sowie sein Verhältnis zur Inanspruchnahme des § 56 Zuständigkeitsgesetzes . . . . 46

§ 6. Die Bedeutung der Zustimmungserklärung des Eigentümers der öffentlichen Sache für den Widmungsakt . . . 53

§ 7. Inhalt der Eigentümerzustimmung zum Widmungsakt . . 62

§ 8. Eigentumsrecht und Polizeigewalt bei der Gewährung von Sondernutzungen an Sachen des Gemeingebrauchs . . 76

Anhang zu § 8: Ueberblick über die Stellung der Literatur . 86

IV. Abschnitt:

§ 9. Zusammenfassung der Ergebnisse . . . . . 100

Literaturverzeichnis . . . . . 102

# I. Abschnitt.

## Grundbegriffe.

### § 1.

### Die öffentlichen Sachen im allgemeinen, ihre Eigentumsfähigkeit und Indienststellung.

Die entscheidende Bedeutung der Verkehrswege für das Wirtschaftsleben der Staaten ist bekannt, und die großen Fortschritte in der Technik der Verkehrsmittel haben diese Bedeutung noch erheblich gesteigert. Wenn auch ein Teil des Verkehrs in allerjüngster Zeit seinen Weg durch den freien Luftraum nimmt, so wird dadurch die Bedeutung der Land- und Wasserstraßen vorerst nicht gemindert, sondern es werden nur die Aufgaben des Staates und seiner untergeordneten Gebietskörperschaften erweitert. Denn heute ist der Gedanke schon nicht mehr absurd, daß man bald beginnen wird, Flugplätze für den Gemeingebrauch zu bauen, ebenso wie man bisher Häfen, Marktplätze und Kraftdroschkenhaltestellen errichtete. Die Luftwege selbst dagegen sind wie die Meeresstraßen naturgemäß nicht erbaubar, des Eigentums und der rechtlichen Beherrschung unzugänglich, weil sie eben nur gedachte Linien darstellen, die, wenn sie auch vielleicht wie die Seewege durch Feuerzeichen oder ähnliches markiert werden können, durch einen Luftraum führen, der wie die fließende Wasserwelle unbeherrschbar, eigentumsunfähig, omnium communis ist. Dagegen sind wohl Rechtsnormen möglich über das Verhalten der Menschen in der Luft und auf dem Wasser; eine rechtliche Regelung des Verkehrs und eine Luftverkehrspolizei ist begrifflich durchaus denkbar.

Die rechtliche Verschiedenheit zwischen Luft- und Seewegen einerseits und den Wegen des Binnenlandes andererseits ergibt sich vornehmlich daraus, daß die Landwege und das Bett der Binnengewässer des Privateigentums fähig sind, die See- und Luftwege dagegen nicht.[1]) Wegen ihrer Unerfaßbarkeit und Unbeherrschbarkeit, wegen ihrer naturgemäßen und zwangsläufigen Bestimmung für den Gebrauch aller Menschen scheiden wir deshalb diese res omnium communes aus dem Rechtsbegriff der „Sachen im Gemeingebrauch" aus.

---

[1]) Vgl. v. Stengel, Lehrbuch § 12 VIII, S. 56.

Unter Sachen im Gemeingebrauch werden jedoch nicht nur die Verkehrswege verstanden, obgleich diese die häufigsten und wichtigsten sind, sondern alle diejenigen Sachen, welche ihrer Bestimmung gemäß der freien Benutzung durch das Publikum unmittelbar, d. h. ohne daß ein besonderer Verwaltungsakt auf Zulassung im Einzelfall dazwischentritt,[2]) unterworfen sind, die also bereits durch ihre Existenz den verwirklichten Zweck darstellen.[3])

Durch das Merkmal der Unmittelbarkeit der Sachnutzung unterscheiden sich die Sachen im Gemeingebrauch von dem Verwaltungsvermögen, das keinen Selbstzweck hat, sondern nur die unentbehrliche sachliche Grundlage für die Erfüllung konkreter Verwaltungsaufgaben darstellt. Zum Verwaltungsvermögen gehören z. B. die Gebäude für die öffentlichen Behörden, die Schulen, Kasernen, Gefängnisse, Museen und Krankenhäuser; während die öffentlichen Wege, Flüsse, Brücken, Brunnen und Anlagen Sachen im Gemeingebrauch sind. Ein gesetzlicher Katalog für die einzelnen Gruppen, die lediglich nach theoretischen Gesichtspunkten aufgestellt sind, existiert jedoch nicht, so daß jeweils besonders zu prüfen ist, zu welcher Kategorie im konkreten Falle eine öffentliche Sache gehört.[4])

Man faßt die Sachen im Gemeingebrauch und das Verwaltungsvermögen als Sachen, welche unmittelbar einem öffentlichen Zwecke dienen, zusammen unter den Begriff „öffentliche Sachen im engeren Sinne", während man zu den „öffentlichen Sachen im weiteren Sinne" noch das Finanzvermögen einbezieht, welches nur mittelbar öffentlichen Interessen dient, indem es durch seinen Ertrag oder seine Verwertung Mittel zur Bestreitung der staatlichen oder gemeindlichen Geldbedürfnisse liefern soll. Das Finanzvermögen untersteht, wie das Vermögen jeder Privatperson gänzlich dem Zivilrecht und hat daher für das Verwaltungsrecht keine größere Bedeutung, als alle anderen Gegenstände, die im Eigentum von Privatpersonen stehen.

---

[2]) S. Theobald S. 4.

[3]) S. Sperl S. 22; Theobald S. 3.

[4]) Vergl. hierzu die eingehenden Ausführungen von Otto Mayer in seinem Lehrbuch Bd. II, S. 50 ff. Meinungsverschiedenheiten bestehen z. B. bezügl. der Festungswerke die von Wappäus (S. 106/107) und Bornhak im Verw.-Arch. Bd. 8, S. 69, zu den Sachen des Gemeingebrauchs gerechnet werden; dagegen werden sie von der herrschenden Meinung, so von Otto Mayer (Bd. II, S. 54), Schoen (S. 284), Fleiner (S. 328) und Hatschek (§ 56, S. 415) mit Recht dem Verwaltungsvermögen zugeschrieben.

Während dem Staate also an dem Finanzvermögen unbestrittenermaßen ein privates Eigentumsrecht zusteht, ist das Verhältnis des Staates zu den Sachen im Gemeingebrauch noch heute der Gegenstand großer Controversen. Der Baseler Festungsstreit vom Jahre 1859/63 war der Anlaß zu dem Kampf über die Frage des Eigentums an öffentlichen Sachen. Damals vertraten Keller und Jhering, — die untereinander wieder differenzierten, — die Ansicht, daß ein privates Eigentumsrecht an Sachen des Gemeingebrauchs wegen ihrer Zweckbestimmung unmöglich sei, und der Staat auf Grund seiner Polizeigewalt lediglich ein Hoheitsrecht an diesen Sachen habe. Dagegen betonten Rüttimann und Dernburg, daß die öffentlichen Sachen im Privateigentum des Staates stünden. Jedoch sei dieses wegen ihrer Bestimmung zum Gemeingebrauch ein dominium latens, dormiens; andererseits habe aber der Staat „im allgemeinen Interesse, damit der öffentliche Nutzen solcher Sachen dauernd erhalten werde, seine Rechtsstellung über die eines gewöhnlichen Eigentümers hinaus erhoben, sein Recht als ein unveränderliches, unantastbares erklärt und diese Sachen außerhalb des Vermögensverkehrs gestellt.“ [5]) Zur Begründung seiner Ansicht weist Dernburg [6]) mit Recht darauf hin, daß auch Sachen privater Rechtssubjekte im Gemeingebrauch stehen könnten und stünden, das Eigentum aber keineswegs durch den Gemeingebrauch unterginge. Es sei deshalb nicht einzusehen, warum die öffentlichen Sachen wegen ihrer Zweckbestimmung nicht wie die fiskalischen Sachen im Privateigentum des Staates stehen könnten.

Der Standpunkt von Keller und Jhering ist heute allgemein überwunden. Die Ansicht von Rüttimann und Dernburg hat jedoch eine Modifikation dahin erfahren, daß man das Recht des Staates nicht mehr als ein dominium dormiens, als ein jus in suspenso ansieht, sondern als ein reelles, wirksam fortbestehendes Eigentumsrecht, welches durch die Widmung des Objekts zum Gemeingebrauch nur publizistischen Beschränkungen unterworfen wird. [7])

Zwar drängt der Gemeingebrauch den Wirkungskreis des Eigentums erheblich zurück, und die hoheitliche Gewalt des Staates, die sich in der Sorge für den Gemeingebrauch äußert, tritt stark

---

[5]) Dernburg, Rechtsgutachten S. 17/18.

[6]) A. a. O. S. 9 ff.

[7]) Vergl. G. Jellinek im Verw.-Arch. Bd. 5, S. 311 und O. Mayer Bd. II. S. 45.

in den Vordergrund. Dennoch müssen wir die Theorie Eisele's und O. Mayer's ablehnen, die Privateigentum und Hoheitsrecht in den Begriff des „öffentlichen Eigentums" verschmelzen wollen.

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, eine systematische Würdigung und Widerlegung der Theorie vom öffentlichen Eigentum zu geben. Wir können uns hier mit der Feststellung begnügen, daß es ihr nicht gelungen ist, sich durchzusetzen. Den Bedürfnissen der Verwaltung entspricht durchaus — auch in Bezug auf die sogenannten öffentlichen Sachen — die Scheidung von Privateigentum und Hoheitsrecht. So verhält sich denn sowohl die Praxis der Behörden als auch die Rechtsprechung der Verwaltungs- und Zivilgerichte gegenüber der Theorie vom öffentlichen Eigentum vollkommen ablehnend.[8]) Auch in der Gesetzgebung[9]) und Wissenschaft hat sie nicht zur Herrschaft gelangen können. Das Hauptargument, welches O. Mayer gegen die herrschende Ansicht ins Feld führt: sie stehe auf dem Boden der längst überwundenen Fiskustheorie, schlägt nicht durch, da die herrschende Ansicht nicht, wie die polizeistaatliche Auffassung des 18. Jahrhunderts den Dualismus von Fiskus und Staat als Träger gesonderter privat- und öffentlicher Rechte wieder einführt, sondern das Subjekt der staatlichen Vermögensrechte und das der öffentlichen Hoheitsrechte nur als verschiedene Erscheinungsformen eines und desselben Wesens, der in sich einheitlichen öffentlichen Gewalt ansieht.[10])

Natürlich kommt man in den Fällen nicht umhin, O. Mayer zu folgen, wo ausnahmsweise positive Gesetzesbestimmungen aussprechen, daß private Eigentumsrechte an gewissen öffentlichen Sachen nicht bestehen. Es handelt sich dann meistens um französisch-rechtliche Enflüsse.[11])

[8]) Die Anerkennung, welche O. Mayer zeitweilig beim Sächs. OVG gefunden hat, erhielt einen jähen Rückschlag durch die bedeutsame Entscheidung vom 9. Febr. 1910; Jahrb. Bd. 15, S. 175 ff. Siehe auch Anm. 204.

[9]) vergl. auch die Ausführungen des § 3 und § 4.

[10]) vergl. G. Jellinek im Verw.-Arch. Bd. 5, S. 311.

[11]) Siehe für die Pfalz das Decret du 22. novembre 1790 u. Art. 538 des Code civil (vergl. Wand § 2, S. 15/18). Schweizer Civilgesetzbuch Art. 664: „An den öffentlichen Gewässern . . . besteht unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises kein Privateigentum." Ein solches wurde jedoch angenommen und zwar für die Gemeinden in den Kantonen Schwyz, Wallis und Graubünden. (Vergl. E. Müller in d. Zeitschr. f. schweiz. Recht, Bd. 53, S. 220,) Auch im württemb. Wassergesetz vom 1. Dez. 1900 hat das öffentliche Eigentum Anerkennung gefunden. (Vergl. auch S. 43 ff.)

Da das Bestehen oder Nichtbestehen eines privaten Eigentumsrechts an den Sachen des Gemeingebrauchs für die gesamte Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse von erheblicher Wichtigkeit ist, muß im konkreten Fall über diese Frage zuerst Klarheit geschaffen werden. Bei unseren Untersuchungen aber gehen wir von dem — in Preußen ausnahmslosen — Regelfall aus, daß die öffentliche Sache des Privateigentums fähig ist, ohne jedoch den Ausnahmefall völlig zu ignorieren.[12])

Diesem Eigentumsrecht an der öffentlichen Sache fehlt aber der allumfassende Charakter der Verfügungsgewalt des Eigentümers über das Objekt, da es dem Gemeingebrauch zu dienen bestimmt ist. Nach der vom Oberverwaltungsgericht ausgebildeten Lehre erhält die Sache diese Bestimmung durch den Widmungsakt, und zwar nur durch den Widmungsakt. Die Unvordenklichkeit ist kein besonderer Entstehungsgrund für den Gemeingebrauch,[13]) sondern es wird, z. B. bei alten Wegen, nur aus dem Zusammentreffen verschiedener äußerer Umstände und aus der Tatsache, daß sie von altersher bestehen und immer dem öffentlichen Verkehr gedient haben, der Schluß gerechtfertigt, daß früher eine Widmung durch die Rechtsbeteiligten stattgefunden habe.[14]) Die Unvordenklichkeit ersetzt also nur den Nachweis der erfolgten Widmung.[15])

Beim Widmungsakt ist in erster Linie die Polizeibehörde beteiligt. Bezüglich der öffentlichen Wege, die von jeher als Schulbeispiel für die Sachen des Gemeingebrauchs gegolten und die verhältnismäßig vollkommenste gesetzliche Behandlung erfahren haben,[16]) bestimmt der § 55 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. VIII. 1883, daß die Sorge dafür, daß den Bedürfnissen des

---

[12]) Ueber das Eigentumsrecht an öffentlichen Gewässern, siehe S. 52 ff., an öffentlichen Wegen vergl. Bering, S. 32 ff.; Friedrichs in Gruch. Beitr. Bd. 62, S. 458 ff. Vgl. auch Anm. 63 der Arbeit.

[13]) Vergl. Fleiner S. 343: „Eine Ersitzung des öffentlichen Wegerechts ist ausgeschlossen. Die öffentlich-rechtliche Wegeservitut hat mit einer privatrechtlichen Dienstbarkeit nur den Namen gemein."

[14]) Vergl. Schultzenstein, im Verw.-Arch. Bd. 28, S. 170.

[15]) S. Gierke, Privatrecht Bd. I, S. 315; Anschütz, im Verw.-Arch. Bd. V, S. 43; Bd. VI, S. 626; preuß. OVG, Bd. 17, S. 322, A. A. Schultzenstein im Pr. Verw.-Bl. Bd. 34, S. 765; Hawelka, S. 19 und die von ihm in Anm. 58 zitierten Autoren, die der langjährigen Uebung selbst eine rechtsbegründende Kraft zuerkennen.

[16]) Wir werden deshalb auch fernerhin aus Gründen einer klaren Darstellung bei der Behandlung einzelner Fragen uns zuweilen auf die öffentlichen Wege beschränken.

öffentlichen Verkehrs in Bezug auf das Wegewesen Genüge geschieht, und die Aufsicht über die öffentlichen Wege und deren Zubehörungen den Wegepolizeibehörden zusteht.

Des weiteren ist der Privateigentümer des Wegeareals bei der Widmung interessiert; denn die Uebergabe eines Grundstücks an den öffentlichen Verkehr bedeutet einen erheblichen Eingriff in sein Eigentumsrecht. Sie ist eine Verfügung über den Grund und Boden, die im Rechtsstaate nicht ohne weiteres gegen den Willen des Verfügungsberechtigten vorgenommen werden darf.

Noch ein Dritter hat Anteil am Widmungsakte; denn einen öffentlichen Weg ohne einen zur Unterhaltung öffentlich-rechtlich Verpflichteten kann es nicht geben.[17]) Das verlangen die staatsrechtlichen Grundsätze des Etats.[18]) Jede Eröffnung eines neuen Weges begründet für den betreffenden Wegebaupflichtigen eine neue wirtschaftliche Last. Eine solche kann nur auf Grund gesetzlicher Bestimmung oder im Einvernehmen mit dem Wegebaupflichtigen auferlegt werden.

Wegepolizei, Wegeeigentümer und Wegebaupflichtiger sind also bei der Widmung eines Grundstückes zum öffentlichen Wege interessiert und müssen beim Widmungsakt in irgendeiner Weise in Funktion treten.

Wenn auch in der Regel Eigentümer und Wegebaupflichtiger identisch sind, da die Gemeinde zumeist durch Rechtsgeschäfte oder im Wege der Enteignung das Privateigentum am Wegeareal erworben hat, so darf die Identität der Personen doch die Doppelseitigkeit der Funktionen nicht verwischen. Ebenso ist in den Städten, wo Polizei- und Kommunalverwaltung in den Händen derselben Behörden vereinigt sind, rein äußerlich eine Unterscheidung zwischen Ausübung des Eigentumsrechts und Ausübung der Polizeigewalt oft schwer zu erkennen, wiewohl sie begrifflich unzweifelhaft ist. In der Praxis kommt es nicht selten vor, daß der Bürgermeister oder Stadtrat in ein und derselben Urkunde zur Erreichung eines einheitlichen Erfolges, sowohl als Inhaber der Polizeigewalt, als auch zivilrechtlich als Vertreter der Gemeinde tätig wird.

Die Bedeutung der Rechtshandlungen der drei Beteiligten, besonders aber des Privateigentümers und die Rechtsnatur der Widmung wird später noch näher zu untersuchen sein.[19])

---

[17]) Siehe O V G Bd. 35, S. 298.

[18]) Vergl. Lassar, S. 78 ff.

[19]) S S. 48 ff., 53 ff. und § 8.

## § 2.

### Die Gebrauchsarten an Sachen des Gemeingebrauchs.

Durch die Widmung bezw. Indienststellung wird die Sache dem Gemeingebrauch übergeben. Der Gemeingebrauch ist nach Otto Mayer[20]) „die in die Freiheit des Einzelnen gestellte bestimmungsmäßige Benutzung der solchem Dienste gewidmeten öffentlichen Sache".

Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs abzugrenzen und für alle denkbaren Fälle in einer einheitlichen Formel zu kennzeichnen, ist sehr schwierig, da seine Grenzen ungemein flüssig sind. Den richtigen Maßstab gewinnt man vielleicht, wenn man mit dem österreichischen V. G. H.[21]) unter Gemeingebrauch den Gebrauch versteht, welcher der Bestimmung des Objektes entspricht und den gleichen Gebrauch seitens aller anderen Beteiligten nicht hindert.[22])

Was nun in concreto der Bestimmung des Objekts entspricht, ist meist schon erkennbar durch die äußere Beschaffenheit der Sache; ergänzend treten hinzu, ausdrückliche Erklärungen bei der Widmung, durch die gewisse Benützungsarten ausgeschlossen werden können, z. B. bei Fußwegen, Reitwegen, Promenadenwegen.[23]) Zahlreiche Gesetzesbestimmungen geben eine Aufzählung der im Gemeingebrauch enthaltenen Befugnisse. Meistens wird jedoch in einer solchen Aufzählung — mit Ausnahme bestimmter Wassergesetze[24]) — lediglich eine Exemplifikation zu erblicken sein;[25]) denn die mannigfachen Erscheinungs- und Betätigungsformen des täglichen Lebens lassen sich bei weitem nicht erschöpfend in eine abstrakte Formel bringen. In weitgehendstem Maße müssen wir daher die lokalen Verhältnisse und Anschauungen

---

[20]) O. Mayer, Bd. II, S. 77.

[21]) In den Erkenntnissen Budw. Nr. 2607 und 273 A cit. bei Hawelka Seite 94.

[22]) Aehnlich auch Randa S. 37; Herrnritt S. 386; RG Bd. 16, S. 146.

[23]) vergl. Hawelka, S. 94.

[24]) z. B. Badens, § 12; Württembergs, Art. 16; Preußens, §§ 25 u. 26.

[25]) So z. B. in § 8 II, 15 ALR und § 3 der Wegeordnung für die Prov. Sachsen vom 11. Juli 1891.

als Maßstab heranziehen,[26]) die teilweise wieder in den örtlichen Straßenpolizeiverordnungen ihren Niederschlag finden. Es ist klar, daß die Romantik der Dorfstraße und das geschäftig geschäftliche Treiben der Mohammedaner in den Verkehrsadern mitteleuropäischer Großstädte unmöglich ist.[27])

Was nun den gleichen Gebrauch seitens aller anderen Berechtigten angeht, so darf man hier den Begriff nicht zu eng fassen. Das Oberverwaltungsgericht[28]) bemerkt ganz richtig, daß selbstverständlich dort, „wo der eine geht oder fährt, nicht auch im gleichen Augenblick ein anderer denselben Gebrauch von der Sache machen kann". Aber keinem darf die Möglichkeit entzogen werden, die öffentliche Sache überhaupt zur Erreichung der Zwecke, für welche sie besteht, und so, wie sie besteht, zu benutzen. Die Rücksicht auf die gleiche Freiheit der Benutzung aller Berechtigten verlangt es, daß alle Benutzungsarten die eine dauernde Okkupation des Straßengrundes bedingen oder sich überhaupt als ein Vorzug einzelner vor den übrigen Menschen darstellen, nicht mehr als Akte des Gemeingebrauchs angesehen werden können; so z. B. die Errichtung von Zeitungskiosken und sonstigen Verkaufsbuden auf öffentlichen Plätzen, die Legung von Straßenbahnschienen in öffentliche Straßen, das Aufstellen von Restaurationstischen auf dem Bürgersteig usw.[29]) Der Merkmal der Nichtbehinderung anderer zu einem gleichen Gebrauch ist in der Definition also unentbehrlich[30]) und wird auch in zahlreichen Gesetzesbestimmungen ausdrücklich erwähnt.[31]) Aber deshalb braucht man doch die Grenzen des Gemeingebrauchs, besonders bei schnell vorübergehenden Benutzungsarten nicht zu eng zu ziehen.

Alles, was also der Bestimmung des Objektes nicht entspricht, oder den gleichen Gebrauch seitens aller Berechtigten beeinträchtigen würde, gehört nicht zum Gemeingebrauch, son-

---

[26]) Siehe RG in Gruch. Beitr. Bd. 33, S. 425; das OVG hat in Bd. 69, S. 332 ausgesprochen, daß sogar die Errichtung von Gattertoren auf öffentlichen Wegen evtl. zum Gemeingebrauch gehören könne.

[27]) Siehe die anschaulichen Ausführungen bei Otto Mayer, Bd. II, S. 78 ff.

[28]) OVG Bd. 25, S. 424.

[29]) Vergl. Hawelka S. 95 und 97.

[30]) Vergl. Bering, S. 12/13.

[31]) Vergl. § 25, II., 15 ALR., § 37 preuß. Wasserges.

dern ist Sondergebrauch. Bei diesem unterscheidet man wieder [32]) Sondernutzungen auf Grund einer Gebrauchserlaubnis [33]) und solche auf Grund einer Nutzungsverleihung.

Rein äußerlich gesehen, besteht der Unterschied darin, daß es sich bei einer Verleihung in der Regel um Nutzungen handelt, die im Gegensatz zu den Fällen der Gebrauchserlaubnis, die öffentliche Sache nicht nur vorübergehend und oberflächlich berühren, sondern auf die Dauer berechnet und mit schwerwiegenden Eingriffen in die Substanz der öffentlichen Sache verbunden sind.[34]) Eine dem Wesen der Sondernutzung gerecht werdende Klassifikation ist natürlich nach dem Inhalt ihres Begründungsaktes vorzunehmen. Dies soll im folgenden versucht werden.

Nach Hatschek[35]) beruht der Unterschied zwischen Gebrauchserlaubnis und Nutzungsverleihung darin, daß erstere seitens der Polizei lediglich einen öffentlich-rechtlichen Besitzstand gewährt, wogegen die Nutzungsverleihung ein subjektives öffentliches Recht auf die Sondernutzung der Sache, gegenüber der Staatsgewalt begründet. Wenn man sich aber vergegenwärtigt, daß nach dem Grundsatz der rechtlichen Gebundenheit jeder Verwaltungsbehörde an den von ihr gesetzten Verwaltungsakt die Polizeierlaubnis solange zu Recht besteht, als sich die Umstände nicht geändert haben, und wenn eine Aenderung des Besitzstandes eintreten soll, dem Berechtigten von der Polizei nachgewiesen werden muß, daß sich die Umstände geändert haben, unter denen seinerzeit die Erlaubnis erteilt worden ist, so erscheint der Besitzstand so gesichert, so viel mehr als „eine bloße Tatsache, als ein bloßes Geduldetwerden", daß man geneigt ist, — wie es vielfach auch im Zivilrecht geschieht, — von einem Besitzrecht zu sprechen, das vom Verleihungsrecht sich nur dadurch unterscheidet, daß bei Fortfall der Voraussetzungen die Erlaubnis ohne Entschädigung zurückgenommen werden kann, während das Verleihungsrecht nur aus Gründen des öffentlichen Wohls und gegen volle Entschädigung entzogen werden darf.

---

[32]) Von vereinzelten Autoren abgesehen, die eine weitere Einteilung ablehnen, so z. B. Schmidt (Grimma) in Fisch. Zeitschr. Bd. 47, S. 65 ff.

[33]) Der von Fleiner (S. 353) gebrauchte Ausdruck „gesteigerter Gemeingebrauch" ist wegen der Exklusivität jeden Sondergebrauchs eine contradictio in adjecto; das gleiche gilt bezgl. der von Gierke (Bd. II, S. 27) gewählten Bezeichnung Vorzugsrechte im Gemeingebrauch.

[34]) Ebenso O. Mayer, Bd. II, S. 96/97 und Hawelka, S. 109.

[35]) Lehrbuch S. 433 f. und S. 138 f.

Wir müssen daher bezüglich des polizeilichen Besitzstandes ausdrücklich von einem „prekaristischen Besitz" sprechen, da es sich nach dem Gesagten nicht von selbst versteht, daß bezüglich der Gebrauchserlaubnis die Polizeibehörde ihre Genehmigung jederzeit nach freiem Ermessen zurückziehen kann. Die prekaristische Eigenschaft ist also der Gebrauchserlaubnis eo ipso wesentlich. Nach der Ausdrucksweise Hatscheks könnte sonst die Behörde, wenn sie einmal die Erlaubnis aus Versehen oder aus einem sonstigen Grunde ohne die Bedingung jederzeitigen Widerrufs erteilt hätte, dieselbe, ohne daß sich die Verhältnisse geändert hätten, nur aus polizeilichen Gründen unter voller Entschädigung des Berechtigten zurücknehmen, gemäß § 75 der Einleitung zum ALR.[36]) Denn wie im Zivilrecht sämtliche Autoren, mögen sie den Besitz als ein Recht ansehen oder nicht, sich darüber einig sind, daß im § 823 BGB. unter den Worten „oder ein sonstiges Recht" auch der Besitz einbegriffen werden muß, so wäre an sich auch hier unter die „besonderen Rechte und Vorteile" des § 75 der Einleitung zum ALR. der Besitzstand, den die Gebrauchserlaubnis gewährt, zu rechnen.

Ferner könnte mit Recht gegen die Hatscheksche Formulierung eingewandt werden, daß nicht nur die Gebrauchserlaubnis einen Besitzstand gewähre, sondern auch der Gemeingebrauch. Denn jeder, der über eine Straße geht oder fährt, hat auch einen rechtlich geschützten Besitz an derselben. Das Unterscheidungsmerkmal der Gebrauchserlaubnis gegenüber dem Gemeingebrauch liegt hier darin, daß letzterer auf Grund eines generellen Aktes (der Widmung) erfolgt, während die Sondernutzung auf Grund eines speziellen Erlaubnisaktes ausgeübt wird. Dieses Kriterium ermöglicht es uns auch, die von Hatschek in seinem allgemeinen Teil (S. 137 ff.) mit Klarheit dargestellte Dreiteilung der polizeilichen Ueberwachung menschlicher Handlungen: Duldung, Erlaubnis und Verleihung, hier durchzuführen, indem wir die Fälle der polizeilichen Duldung überall dort finden, wo eine Benutzung der öffentlichen Sache, die nicht mehr unter den Gemeingebrauch fällt, mit Wissen der Polizeibehörde ohne ausdrückliche Polizeierlaubnis vorgenommen wird.

---

[36]) Hierzu ein Beispielsfall: Durch die Aufstellung einer Obstbude an einer Straßenkreuzung wird die Uebersichtlichkeit des Verkehrs beeinträchtigt, so daß sich wiederholt Unglücksfälle ereignen. Bei der Erlaubniserteilung wurde dieser Umstand von der Polizei nicht genügend erkannt und berücksichtigt. (Ein Fall aus dem Stadtkreis Essen.)

Zusammenfassend können wir somit sagen, daß wir es mit einer Gebrauchserlaubnis dann zu tun haben, wenn auf Grund eines speziellen Erlaubnisaktes ein prekaristischer Besitz an einer öffentlichen Sache seitens der Polizeibehörde eingeräumt wird, der nicht schon unter den Gemeingebrauch fällt; daß dagegen eine Nutzungsverleihung vorliegt, wenn ein Nutzungsrecht begründet wird, das nur aus Gründen des allgemeinen Wohles und nur gegen volle Entschädigung wieder entzogen werden darf.

Die einzelnen Sondernutzungen an öffentlichen Sachen sind noch nach einem anderen Gesichtspunkt zu unterscheiden, der soweit ich sehe, bisher in der Literatur unberücksichtigt geblieben ist, der aber m. E. zur klaren Erkenntnis vieler Rechtslagen sehr bedeutsam sein dürfte. Es ist dies die Unterscheidung der Benutzungsarten nach ihrem Zwecke, d. h. ob die Sondernutzung lediglich privatwirtschaftlichen Interessen dient, oder ob auch öffentliche Zwecke damit erfüllt werden; um es einmal scharf auszudrücken, ob die öffentliche Sache vom Benutzer lediglich zu Gewinnzwecken gebraucht wird, oder ob durch ihre Benutzung ein öffentlicher Verwaltungszweck erfüllt wird.[37]) Das erstere ist z. B. der Fall bei der Errichtung von Zigarrenpavillons, dem Aufstellen von Automaten, Obstbuden und der Veranstaltung von Aufführungen auf öffentlichen Straßen und Plätzen. Unter die zweite Kategorie sind zu zählen alle die Nutzungen, welche die Anrainer und Anwohner auf Grund ihres tatsächlichen (räumlichen) Verhältnisses zur öffentlichen Sache von derselben ziehen. Hierher gehören z. B. die Möglichkeiten, beim Neubau Baumaterialien auf der Straße zu lagern, beim Umzug Möbel auf den Bürgersteig zu stellen, Kohlen dorthin zu kippen, Fahnen und Reklameschilder in den Luftraum der Straße hineinragen zu lassen, Fensterläden, Keller- und Ladentüren anzubringen, die sich nach der Straße zu öffnen und Dachrinnen, die über die Fluchtlinien hinausgehen, den Bürgersteig zur Ueberfahrt zum Grundstück zu benutzen und dergl. mehr. Diese Nutzungen haben mit dem eigentlichen Verkehrszweck der öffentlichen Straße, dem Fortbewegen von Personen und Sachen, nicht das mindeste zu tun, und doch erfüllen sie einen öffentlichen Verwaltungszweck, dem die Straße zu dienen hat: sie dienen dem Anbauzweck.

---

[37]) Ich verdanke diese Unterscheidung einem Hinweis von Herrn Prof. Lukas.

Hinsichtlich dieser besonders gearteten Nutzungen der Anlieger hat das OVG.[38]) wiederholt betont, daß sie auf keinem anderen Rechtsgrunde beruhen, als die allgemeine Benutzung der öffentlichen Sache durch jedermann.[39])[40]) Das verführt die meisten Schriftsteller dazu, diese Nutzungsarten noch unter den Begriff des Gemeingebrauchs zu bringen und denselben dadurch begriffswidrig und im Widerspruch zu unserer Definition (S. 7 f.) auszudehnen. Vielmehr sind dieses Vorzugsrechte, weil sie anderen als den Anrainern niemals ebenso zukommen können.[41]) Es wäre z. B. unmöglich, unter den Gemeingebrauch zu bringen, daß ein Dritter größere Lasten auf der Straße niederlegt, einen Wagen dort längere Zeit stehen läßt oder über den Bürgersteig fährt. Das ALR. hat denn auch diese Befugnisse der Anrainer (§ 79/82, I, 8 ALR.) im Unterschied zum Gemeingebrauch, von diesem getrennt geregelt.[42])

Diese Unterscheidung ist nicht mit dem zunächst bestechenden Satz von O. Mayer[43]) abzutun: „Nun ist klar, daß wer nicht Hausbesitzer ist, auch keine Möglichkeit hat, Fenster nach der Straße zu besitzen. Allein in der gleichen Weise hat auch nur der Wagenbesitzer die Möglichkeit, auf der Straße zu fahren, der Pferdebesitzer die Möglichkeit, darauf zu reiten." Dieser Satz trifft nicht den entscheidenden Punkt. Denn ebenso klar ist, daß nur derjenige, der viel Kapital hat, Schienengeleise zum Betriebe einer Straßenbahn durch den Wegekörper legen kann, und doch ist dies auch nach O. Mayer zweifellos kein Gemeingebrauch. Er fährt fort: „Es handelt sich auch offenbar hier[44]) wieder bloß um eine tatsächliche Voraussetzung für die Ausnutzung der durch den Gemeingebrauch eröffneten Möglichkeiten." Hier liegt der

[38]) Entsch. d. OVG, Bd. 18, S. 240; Bd. 39, S. 230; Bd. 32, S. 213; v. Kamptz 1. Erg.-Bd., S. 279; 2. Erg.-Bd., S. 350; Pr. Verw.-Bl. 19, S. 30.

[39]) So auch v. Blume, das Recht der Anlieger, S. 120.

[40]) Auf die umfangreiche Streitfrage, ob der Gemeingebrauch rechtlich als ein Ausfluß der persönlichen Freiheit (s. O. Mayer, Bd. II, S. 75 ff., Hawelka S. 88) oder als Reflex objektiver Rechtsnormen (so Fleiner § 22, II, 1, S. 349 und Hatschek § 56, III, S. 433) oder als ein subjektives öffentliches Recht (so Bühler, Die subj. öff. Rechte, S. 353 und Helfritz, Festgabe, S. 80) aufzufassen ist, soll hier nicht näher eingegangen werden, weil die Beantwortung für unsere Untersuchung unerheblich ist.

[41]) Ebenso Bekker, Pandekten, S. 341 ff.

[42]) Diese Vorschriften des ALR (§§ 79/82, I, 8) werden weiter unten S. 19 ff. noch näher behandelt.

[43]) Bd. II, S. 80, Anm. 12.

[44]) Gemeint sind die Nutzungen der öffentl. Straßen durch die Anrainer.

Irrtum. Tatsächliche Verhältnisse sind eben meist die Voraussetzung für gewisse Rechtspositionen; und weiterhin ist zu sagen, daß die in Frage stehenden Möglichkeiten der intensiveren Benutzung öffentlicher Straßen durch die Anrainer nicht, wie O. Mayer behauptet, durch den Gemeingebrauch eröffnet werden, sondern durch die Widmung. Die Folge der Widmung aber sind sowohl der Gemeingebrauch als auch die Bestimmung des betreffenden Objektes zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Zwecke, worunter wir bei den öffentlichen Wegen den Anbauzweck bereits erwähnten.

Ein anschauliches Beispiel hierzu ist folgendes: Durch Ortsstatut wird für Neubauten in einer bestimmten Straße aus Gründen der Erhaltung des historischen Stadtbildes die Anbringung gotischer Erker vorgeschrieben und nur unter dieser Voraussetzung die Bauerlaubnis erteilt. Der Bau eines Erkers in den Luftraum der Straße fällt keineswegs unter den Gemeingebrauch, und doch ist die Sachlage eine wesentlich andere, ob der Erker vom Bauherrn aus freier Entschließung, vielleicht gar um Raum zu gewinnen, angebracht wird, oder auf Grund des Ortsstatuts. Ohne besondere gesetzliche Ermächtigung kann eine solche ästhetisierende Vorschrift nicht erlassen werden. Diese findet sich aber in dem Gesetz gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden vom 15. Juli 1907, (Ges. Samml. S. 260), auf Grund dessen dem Unternehmer sogar positive Leistungen auferlegt werden können (siehe §§ 2 und 4 l. c.). Durch dieses Gesetz ist den Gemeinden die Wahrung der kulturhistorischen städtebaulichen Belange zur Aufgabe gemacht. Durch den Bau dieses ortsstatutarischen Erkers dient die Straße also der Erfüllung eines öffentlichen Verwaltungszweckes. Wir werden später auf diesen Fall noch zurückkommen (s. S. 20/21 und S. 63).

Als Sondernutzungen bezeichnet man in der Literatur vielfach auch die Gewinnung der natürlichen Früchte der öffentlichen Sache, z. B. das Abernten des Obstes der Chausseebäume, des Graswuchses der Straßenböschungen, u. a. In diesen Fällen haben wir es nur mit der öffentlichen Sache in ihrer natürlichen Wesenheit ohne Rücksicht auf ihre Eigenschaft als öffentliche Sache und ohne Einfluß auf ihre Zweckbestimmung zu tun. Die natürlichen Früchte einer Sache stehen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes dem Eigentümer derselben zu. Es handelt sich hier um Nutzungen, die ich als „Akte reiner Eigentumsausübung" bezeichnen möchte. Es ist daher nicht zutreffend,

von „privaten Sonderrechten" zu sprechen, da das Gegenstück ein „privater Gemeingebrauch" nicht existiert. Nur wenn die Art und Weise der Fruchtziehung den Bestand der öffentlichen Sache, ihre Tauglichkeit und Benutzungsmöglichkeit beeinträchtigt, kann hier die Polizei in Aktion treten; ob letzteres der Fall ist, entscheidet sie jedoch selbst.

Die Frage nach der Rechtsnatur der Erscheinungsformen des Sondergebrauchs kann erst beantwortet werden, wenn wir die Stellung des Privateigentümers bei der Gestattung von Sondernutzungen klargestellt haben.

## II. Abschnitt.
## Die Stellung der Gesetzgebung zum Problem.

### § 3.
### Das Recht der öffentlichen Wege.

Wenn wir nunmehr zum Kernpunkt unserer Untersuchung kommen, so müssen wir feststellen, daß über die Stellung des Privateigentümers, insbesondere über seine Mitwirkung bei der Einräumung von Sondernutzungen an den Sachen des Gemeingebrauchs, in Literatur, Judikatur und Verwaltungspraxis erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestehen. Es empfiehlt sich daher, zunächst einmal zu untersuchen, in welcher Weise der Gesetzgeber selbst, vor allem auf dem Gebiete des Wege- und Wasserrechtes, das Recht des Privateigentümers behandelt hat.

Beginnen wir mit dem Wegerecht, so müssen wir bei Durchsicht des umfangreichen Gesetzesmaterials allerdings feststellen, daß der Gesetzgeber sich bezgl. unserer Frage in ein mystisches Dunkel gehüllt hat, wenn er es nicht — wie zumeist — vorzog, vollständig darüber zu schweigen. Vereinzelt nur finden wir ausdrückliche Bestimmungen über das Eigentum an den öffentlichen Wegen.[45]) Häufiger ist schon die an sich selbstverständliche Vorschrift, daß der Privateigentümer des zum öffentlichen Wege gewidmeten Grundstücks den Gemeingebrauch an demselben zu dulden hat.[46]) Weiterhin bestimmt das ALR. in den §§ 2 und 8, I, 15, daß mehr als der Gemeingebrauch dem Staatsbürger an den öffentlichen Sachen ohne weiteres nicht zusteht. Wie weit jedoch der Gemeingebrauch reicht, was unter demselben zu verstehen ist, sagen die Gesetze nicht. Bezüglich des Inhaltes des Gemeingebrauchs ist also auf das früher Gesagte zu verweisen.[47])

Was nun die über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzungsarten der öffentlichen Wege angeht, so haben einige der-

---

[45]) Z. B. im preuß. Ges. vom 8. Juli 1875 und im Art. 12 des Badischen A. G. zum BGB.

[46]) Z. B. § 7, I 15 ALR; § 2 Wegeordnung für Posen; § 2 Abs. I WO für Westpreußen.

[47]) Siehe Seite 7ff.

selben eine besondere Behandlung, zum Teil in Spezialgesetzen, erfahren. Von diesen soll zunächst die Rede sein, um evtl. aus den Spezialnormen das allgemeine Prinzip zu erkennen. Im folgenden werden wir dann die Bestimmungen der neueren Wegeordnungen für die preußischen Provinzen auf unsere Frage hin einer näheren Untersuchung unterziehen.

Das Telegraphenwegegesetz vom 18. Dezember 1899 regelt die Benutzung der Verkehrswege für die, öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenlinien. Darnach ist die Telegraphenverwaltung befugt, die Verkehrswege für die Telegraphenlinien zu benutzen, soweit der Gemeingebrauch dadurch nicht dauernd beschränkt wird. Dieses Gesetz mußte erst die notwendige Grundlage schaffen, um den Straßenkörper auch ohne Einwilligung des Straßeneigentümers in einer über den Gemeingebrauch hinausgehenden Weise zu benutzen.[48]) Gerade das Urteil des Reichsgerichts vom 21. September 1898 (Bd. 42, S. 205 ff.) worin die auf ihr Eigentum an den städtischen Straßen gestützte Abwehrklage der Stadtgemeinde Breslau gegen den Reichspostfiskus für begründet erachtet und ausgesprochen wurde, daß die Postverwaltung nicht berechtigt sei, die öffentlichen Straßen und Plätze der Stadt mit Telegraphendrähten zu überspannen, hat wesentlich den Anstoß zum Erlaß des Telegraphenwegegesetzes gegeben.[49])

Die Existenz des Gesetzes an sich läßt also erkennen, daß grundsätzlich die Genehmigung des Privateigentümers beim Sondergebrauch an Sachen des Gemeingebrauchs erforderlich ist. Nur zu Gunsten der Telegraphenanlagen ist, um ihre Entwicklung zu fördern, durch positive Gesetzesvorschrift eine Ausnahme geschaffen worden.[50])

Den Grundsatz, daß eine Benutzung der Wege durch die Errichtung wegfremder Anlagen nur mit Zustimmung des Grundeigentümers erfolgen darf, bringt das Gesetz auch selbst einmal zum Ausdruck, wenn es im § 5 sagt, daß Anlagen, (z. B. Gas-Wasserleitungen, Schienenbahnen, elektrische Anlagen und dergl., siehe Abs. 1 des § 5) dann als „in Vorbereitung" begriffen gelten, wenn sie . . . die Genehmigung des Auftraggebers und so weit

---

[48]) Siehe Hatschek § 59, V, 2, S. 459 und Germershausen Bd. I, S. 197/198.

[49]) Siehe Haebler S. 486; W. Schelcher, Kommentar z. Telegraphen-Wegegesetz S. 4.

[50]) S. Motive, Drucksachen des Reichstages 1898/99 Nr. 170, S. 14; Komm. Ber. Drucks. Nr. 498, S. 3.

erforderlich die Genehmigung der zuständigen Behörden und des Eigentümers . . . des in Anspruch genommenen Weges erhalten haben".

Die Pflicht des Wegeeigentümers zur Duldung der öffentlichen Telegraphenanlagen stellt sich als eine „öffentliche Eigentumsbeschränkung" dar.[51]) Nach Otto Mayer besteht die öffentliche Eigentumsbeschränkung in einer dem Eigentum anhaftenden Schwäche, wonach es bestimmte Einwirkungen seitens der öffentlichen Verwaltung zu dulden hat, und zwar auch ohne daß durch Gesetz eine solche Duldungspflicht besonders bestimmt wäre; ein entsprechendes Gesetz, wie z. B. das Telegraphenwegegesetz, kann diese Pflicht nicht neu begründen, sondern trägt seinem Gehalt nach nur deklaratorischen Charakter, indem es den faktisch längst schon bestehenden Rechtszustand normiert und klarer umgrenzt.

Die Lehre O. Mayers über die öffentliche Eigentumsbeschränkung ist in ihrem wichtigsten Punkte von Holstein in seiner Schrift „Zur Lehre von der öffentlichen Eigentumsbeschränkung" m. E. mit Recht bekämpft und zutreffend widerlegt worden, indem Holstein durch eingehende Untersuchungen und eine reiche Kasuistik nachgewiesen hat, daß es eine gesetzesfreie Pflicht des Eigentümers zur Duldung von Eingriffen in sein Grundeigentum im geltenden Rechtsleben nicht gibt,[52]) sondern daß auch in den Fällen, wo es sich um Eingriffe der öffentlichen Verwaltung handelt, die Beschränkung des Eigentums nur auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung erfolgen kann.

Somit können wir schon hier für die von uns noch zu behandelnden Fälle der Sondernutzungen folgende Klassen aufstellen:

A Sondernutzungen, die lediglich privaten — bezw. fiskalischen — Interessen dienen. Bei ihnen ist die gütliche Zustimmung des Privateigentümers erforderlich.

B. Sondernutzungen, die einem öffentlichen Verwaltungszwecke dienen. Sie können erfolgen:

1. auf Grund einer gesetzlichen Eigentumsbeschränkung,

2. auf Grund eines Enteignungsverfahrens oder auf Grund vertraglicher Auseinandersetzung mit dem Eigentümer.

Während wir oben die Benutzung der öffentlichen Wege durch Telegraphenanlagen als Fall der gesetzlichen Eigentumsbeschrän-

[51]) S. auch O. Mayer Bd. II, S. 118 ff. und Holstein, S. 33 ff. und S. 98.

[52]) Vergl. auch Layer S. 53, Anm. 2.

kung angesehen haben, müssen wir die nächste Klasse, nämlich die Benutzung der öffentlichen Wege durch Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen, unter B. 2 subsumieren.

Nach dem Gesetz vom 28. Juni 1892 hat der Unternehmer, wenn er öffentliche Wege zum Betrieb einer Kleinbahn benutzen will, die Zustimmung der aus Gründen des öffentlichen Rechts zur Unterhaltung des Weges Verpflichteten beizubringen. (§ 6 l.c.) Ueber die Zustimmung des Eigentümers des Wegeareals, der mit dem Wegeunterhaltungspflichtigen nicht identisch zu sein braucht, erwähnt das Gesetz nichts. Es wäre jedoch verfehlt, daraus mit Eger[53]) e contrario zu folgern, daß dieselbe deshalb nicht erforderlich sei, weil das Gesetz nur die Zustimmung des Wegebaupflichtigen verlange. Denn das Gesetz hat es sich nicht zur Aufgabe gemacht, die rechtlichen Verhältnisse der Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen vollständig zu regeln; vielmehr hat das Privatrecht dieser Bahnen darin keinerlei Berücksichtigung gefunden.[54]) „Die Genehmigung des § 2 ist polizeilicher und zwar bau- und gewerbepolizeilicher Natur, und das Recht des Unternehmers ist daher im wesentlichen auch nur ein polizeiliches". [55]) In privatrechtlicher Hinsicht verbleibt es bei dem bisherigen Rechtszustande, nach welchem neben der Zustimmung der Wegepolizei und des Wegebaupflichtigen die Genehmigung des Straßeneigentümers erforderlich war.[56]) Es wird durch die Genehmigung kein Privatrecht zum Bau der Bahn erworben; vielmehr ist dieses Ausfluß des Eigentums an dem betreffenden Grund und Boden. Aus welchem Grunde hätte der Gesetzgeber auch die öffentlichen Straßen ohne weiteres einer solch tiefgreifenden und bedeutsamen Inanspruchnahme überlassen sollen, wie es der Bau einer Anschlußbahn ist, ohne daß ein allgemeines und öffentliches Interesse vorliegt? Da es sich gerade bei Anschlußbahnen fast ausschließlich nur um Privatinteressen bestimmter Unternehmer handelt, sieht das Gesetz (§ 46) für diese auch nicht vor, daß die Zustimmung des Wegeunterhaltungspflichtigen durch Beschluß des Kreis- bezw. Bezirksausschusses bezw. des Provinzialrates ergänzt werden kann, wie es dies im § 7 bei Kleinbahnen zuläßt.

---

[53]) S. 129.

[54]) Vergl. Ullmann in Gruchots Beitr. Bd. 56, S. 254; und RG. Bd. 88, S. 17.

[55]) Gleim S. 38.

[56]) Vergl. RG. Bd. 88, S. 17/18.

Wir können somit sagen, daß der Gesetzgeber entweder die Privatrechtsverhältnisse und damit auch die private Zustimmung des Eigentümers unberührt lassen wollte, oder aber nur den Regelfall im Auge hatte, daß Wegeeigentümer und Wegebaupflichtiger identisch sind; daß er aber keinesfalls die privatrechtliche Einwilligung des Eigentümers ausschließen wollte. Dafür spricht auch die Erklärung des Regierungskommissars in der Kommission des Abgeordnetenhauses,[57]) der ausführte, daß die Vorlage die Ausnahmefälle unbeachtet ließe, in welchen Eigentums- oder sonstige Privatrechte an dem öffentlichen Wege einem anderen als dem Wegeunterhaltungspflichtigen zustünden. Bezüglich dieser greife der § 6 nicht Platz. Der Unternehmer bleibe dort auf gütliche Vereinbarung — bezw. Zwangsenteignung — angewiesen.[58])

Eine andere Art der Benutzung öffentlicher Straßen regeln die §§ 79/82, I, 8 ALR. Es heißt dort: § 79: „Besonders darf niemand, ohne ausdrückliche Bewilligung der Obrigkeit einen Kellerhals oder anderes dergleichen Nebengebäude auf die Straße zu anlegen." § 80: „Auch die Einrichtung von Keller- und Ladentüren, welche auf die Straße gehen, die Anlegung neuer oder Wiederherstellung eingegangener Erker, Löben und auf die Straße hinaus gießender Dachrinnen; die Aufsetzung von Wetterdächern und in die Straße hinein sich erstreckenden Schildern, sowie die Errichtung von Blitzableitern, darf nur unter Erlaubnis der Polizeiobrigkeit, und nach den von dieser zu erteilenden Anweisungen

[57]) Drucks., Nr. 206, S. 21.

[58]) Gleicher Ansicht wie hier: Bering, S. 238; Germershausen, Bd. I, S. 174; Gleim, Kommentar S. 39, 43 und 69; Hawelka S. 113 Anm. 15; OVG. Bd. 10, S. 192 und 198; RG. Bd. 40, S. 280 ff. und in besonders klarer und eingehender Ausführung RG. Bd. 88, S. 14 ff. A. A. Ecker S. 92 und 208 — für das linksrheinische Recht — und Ullmann in Gruchots Beiträgen Bd. 56, S. 250 ff., der annimmt, daß der Begriff des „gemeinen Gebrauchs" der Straße durch das Kleinbahngesetz eine sach- und zeitgemäße Erweiterung dahin erfahren habe, daß die Benutzung öffentlicher Wege für die Zwecke eines Kleibahnunternehmens als Ausübung eines allgemeinen Benutzungsrechtes in einer gesetzlich besonders geregelten Art erscheine. Dieser weiten Fassung des Gemeingebrauchsbegriffes kann man unmöglich zustimmen.

Von Interesse dürfte noch ein Hinweis auf das ganz in Richtung unserer Ansicht liegende Badische Ortsstraßengesetz vom 14. Juni 1884 sein, wo es im § 29 Abs. II heißt: „Auch ist die Zustimmung der Gemeinden und Kreise, welche Eigentümer der Straße sind oder welchen die Unterhaltungspflicht derselben obliegt, sowie die Zustimmung etwa sonstiger rechtlich Beteiligter einzuholen."

vorgenommen werden". § 81. „Uebrigens aber kann jeder Hauseigentümer den sogenannten Bürgersteig, soweit er das Steinpflaster zu unterhalten hat, unter den § 78[59]) bestimmten Einschränkungen nutzen". § 82. „Nähere Bestimmungen über die §§ 78/81 berührten Gegenstände bleiben den besonderen Polizeigesetzen eines jeden Ortes vorbehalten."

Das Reichsgericht (Bd. 30, S. 246 ff.) ist der Ansicht, daß das Gesetz die Zulässigkeit einer der erwähnten Nutzungen, z. B. der Anbringung eines über die Fluchtlinie hinausragenden Erkers, auch dem Straßeneigentümer gegenüber lediglich an die polizeiliche Genehmigung knüpfe. „Indem der § 82 die nähere Bestimmung über die in den §§ 78/81 berührten Gegenstände den besonderen Polizeiverordnungen eines jeden Ortes vorbehält und damit eine grundsätzliche Feststellung der Bedingungen gestattet, unter denen die polizeiliche Erlaubnis gegeben werden kann, dehnt er die Wirksamkeit der örtlichen Polizeigesetze über die Grenzen der reinen polizeilichen Anordnungen hinaus auf das Gebiet des Privatrechts aus und gibt den Straßenanliegern das Recht, in dem durch die örtlichen Polizeiverordnungen bezeichneten Maaße die Grenzen ihres Eigentums gegen die Straße hin zu überschreiten. Diesem Rechte der Anlieger muß notwendig die Verpflichtung des Straßeneigentümers entsprechen. Das Gesetz (§§ 80, 82, I, 8) gibt also in Verbindung mit der Polizeiverordnung dem Straßenanlieger auch privatrechtlich dem Straßeneigentümer gegenüber die Berechtigung zu der genehmigten Sondernutzung."

Wenn das Reichsgericht in dieser Entscheidung zum Ausdruck bringen will, daß dem Anlieger eine privatrechtliche Servitut an dem Wegegrundstück zustehe,[60]) so vermögen wir ihm da nicht zu folgen. Es handelt sich hier vielmehr um die gesetzliche Anerkennung einer öffentlich-rechtlichen Duldungspflicht des Straßeneigentümers im Interesse der Erfüllung eines öffentlichen Verwaltungszweckes, nämlich des Anbaues mit allen seinen Folgeerscheinungen, die ihm durch die Indienststellung der öffentlichen Sache auferlegt ist. Da jedoch die Anbringung eines Erkers nicht notwendig zum Anbauzweck gehört, sondern — wie S. 13 bereits ausgeführt ist, — nur dann, wenn seine Anbringung, weil im öffentlichen Interesse liegend, auf Grund des Verunstaltungs-

---

[59]) § 78. „Die Straßen und öffentlichen Plätze dürfen nicht verengt, verunreinigt oder sonst verunstaltet werden."

[60]) Dies scheint mir; vergl. RG. Bd. 7, S. 213 und Bd. 25, S. 242 ff.

gesetzes vom 15. Juli 1907 vorgeschrieben ist, können wir die Anbringung desselben lediglich bei Vorliegen dieser besonderen Umstände von der Zustimmung des Wegeeigentümers unabhängig machen, nicht aber auch in den Fällen, wo die Errichtung des Erkers nur aus privaten Rücksichten des Bauherrn erfolgt, z. B. um Raum zu gewinnen, was man vielfach bei einfachen Mietshäusern feststellen kann. Die angeführten Vorschriften des ALR. sind aus den städtebaulichen Anschauungen des 18. Jahrhunderts heraus zu verstehen. Heute würde der Straßeneigentümer beispielsweise die Anbringung von Kellerhälsen überhaupt nicht zu dulden haben und die Anbringung von Erkern nur dann, wenn er entweder seine Genehmigung erteilt hat, oder öffentliche Interessen ihre Anlage erfordern. Ob noch im Jahre 1892 die Sachlage eine andere war, soll dahingestellt bleiben. Ich möchte jedoch der Entscheidung des Reichsgerichts eine gewisse Rückständigkeit in dieser Hinsicht nicht absprechen.[61]) Interessant sind demgegenüber die Ausführungen des O V G. in Bd. 35, S. 28, wo es heißt: „Daß aber durch eine Erklärung der Polizeibehörde des Inhalts, es stehe der Anbringung eines Balkons, einer Vortreppe, eines Lichtschachtes oder dergl. nichts entgegen, der Anlieger das Recht erhalte, die Oberfläche, die Luftsäule oder den Untergrund des Straßengrundstücks ohne Rücksicht auf den Widerspruch des Privateigentümers privatrechtlich zu benutzen, das hat weder das RG. noch das OVG. jemals aussprechen können oder wollen.“[62])

[61]) Eher als die Ansicht des RG. würde mir die Ansicht des O L G. Stettin zusagen, daß das Gesetz nur Schranken aufrichten wollte gegen die allzu weite Benutzung der öffentlichen Straße durch die Anlieger und deshalb für bestimmte Fälle ausdrücklich die Polizeierlaubnis vorschreibt. Sollte das Privatrecht andererseits den Anliegern noch engere oder andere Grenzen ziehen, so hätte es dabei natürlich sein Bewenden. Vergl. über diese Entscheidung auch Jordan im Pr. Verw. Bl. 1926, Bd. 48, S. 63, IV.

In Oesterreich ist das Erfordernis der Zustimmung des Straßeneigentümers für die obenerwähnten Fälle in den meisten Landesgesetzen ausdrücklich betont. (S. Hawelka, S. 121.)

[62]) Wie aus meinen Ausführungen im Haupttext hervorgeht, stimme ich der Auffassung des O V G. im Ergebnis vollkommen bei. Jedoch ist es unverständlich, daß in dieser Entscheidung des OVG. die 8 Jahre früher liegende Entscheidung des RG. vom 14. 12. 1892 gänzlich übersehen worden ist.

Der Ansicht des R G. in Bd. 30, S. 246 ff. folgt B a l t z S. 103 Anm. 9 und S. 311 ff., jedoch glaubt er, der Gemeinde wohl einen privatrechtlichen Entschädigungsanspruch zuerkennen zu müssen (S. 313). Ein Grund hierfür ist nicht ersichtlich. Die Zubilligung einer Entschädigung steht im Widerspruch zu seiner Auffassung über den Inhalt der Gesetzesbestimmung.

Eine ähnliche Vorschrift, wie wir sie in den §§ 79/82, I, 8 des ALR. finden, gibt für Baden der § 9 des neuen Ortsstraßengesetzes vom 15. Oktober 1908. Es heißt dort im Absatz IV: „In gleicher Weise kann . . . die Polizeibehörde nach Vernehmung des Gemeinderates gestatten, daß einzelne Gebäudeteile, Risalite, Treppen, Kellerschächte . . . und dergl. über die festgestellte Fluchtlinie hervortreten, sofern dieses mit den Rücksichten auf den Verkehr vereinbar ist . . ." Hier ist der Eigentümer der Straße, als welcher gemäß Art. 12 des Bad. AG. zum BGB. [63]) in der Regel die Gemeinde erscheint, besonders berücksichtigt. Während jedoch nach preußischem Recht eine ausdrückliche Zustimmung der Gemeinde verlangt werden muß, ist in Baden das aus dem Eigentum fließende Recht der Gemeinde durch positive Gesetzesvorschrift auf ein „Recht gehört zu werden" herabgemindert worden. [64])

Erwähnung verdienen hier auch die Vorschriften über den Marktverkehr. In der Literatur [65]) wird nämlich die Ansicht ver-

[63]) Art. 12 Bad. AG. zum BGB.: „Die dem Gemeingebrauch gewidmeten Wege und Plätze stehen im Zweifel im Eigentum derjenigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, welchen die Unterhaltungspflicht obliegt.

An diesen Grundstücken können, solange sie dem Gemeingebrauch gewidmet bleiben, dingliche Rechte nicht begründet werden."

[64]) Walz rechnet, entgegen unserer im § 2, S. 7 ff. eingehend dargelegten Auffassung über den Umfang des Gemeingebrauchsbegriffes nicht nur die Benutzung der Straße zum Anbau dem Inhalt des Gemeingebrauchs zu, sondern ganz allgemein auch das Anbringen von Erkern, Balkonen, Risaliten und sonstigen Gebäudeteilen, die in den Luftraum der Straße vorragen. Die Benutzung des Straßenareals in dieser Weise ist nach ihm nur von der baupolizeilichen Erlaubnis abhängig. „Denn das Privatrecht am Grund und Boden der öffentlichen Straße tritt, soweit der Gemeingebrauch in Frage kommt, diesem gegenüber vollständig zurück. „Weil es sich nun hier nur um eine obrigkeitliche Regelung des Gemeingebrauchs handelt, so erwirbt in richtiger Konsequenz der Walz'schen Auffassung durch die Gestattung der Vorsprünge usw. der Angrenzer auch kein Recht auf deren unveränderten Fortbestand oder auf die Wiedereinräumung eines gleich intensiven Benutzungsrechtes im Falle eines Neu- oder Umbaues; vielmehr ist er verpflichtet, auf Erfordern der zuständigen Behörde die vorspringenden Gebäudeteile zu beseitigen. Walz glaubt jedoch — anscheinend aus Billigkeitsrücksichten, denn ein Rechtsgrund ist nicht ersichtlich, — dann dem Betroffenen, obwohl kein Eingriff in ein Privatrecht vorliegt, eine Entschädigung gewähren zu wollen, da es sich um die „Einengung einer privaten Nutzungsmöglichkeit handele". (S. 121.) Für die von uns vertretene Ansicht richtet sich die Frage einer etwaigen Entschädigung ganz nach dem Inhalt des der Sondernutzung zu Grunde liegenden Erlaubnisaktes.

[65]) S. O. Mayer, Bd. II, S. 93 und Hawelka, S. 126 ff.

treten, daß die Anweisung von Marktstandsplätzen eine Gebrauchserlaubnis, also die Gewährung eines Sondergebrauchs sei. In Wirklichkeit aber haben wir es hier garnicht mit einer Sondernutzung zu tun; das Kaufen und Verkaufen auf dem Marktplatz ist lediglich Ausübung des Gemeingebrauchs. Die Zweckbestimmung des Marktes ist der Warenaustausch. § 64 der Gewerbeordnung bestimmt, daß der Besuch der Messen, Jahr- und Wochenmärkte, sowie der Kauf- und Verkauf auf denselben einem jeden mit gleichen Befugnissen freistehe. Zum Verkauf gehört aber auch, daß der Verkäufer seine Waren zum Verkauf auslegt und dazu Buden und Tische gebrauchen darf. Die Anweisung der einzelnen Standplätze durch die Marktaufsichtsbeamten ist nichts anderes als die Ausübung der Ordnungspolizei. Die Marktstandsgelder sind demnach keine Entschädigung — sei es eine öffentlich-rechtliche Gebühr, oder ein privatrechtliches Entgelt, — für die Gewährung eines Vorzugsrechtes, sondern sind eine Vergütung für die Ausübung des Gemeingebrauchs, genau so wie es die Chaussee- und Brückengelder sind. Es ist zu unterscheiden, zwischen dem Marktstandsgeld und einem etwaigen Entgelt für die Ueberlassung von Buden, Tischen oder sonstigen Vorrichtungen, wie es auch im § 3 des Gesetzes vom 26. IV. 1872 (pr. Ges. Samml. S. 513) betreffend die Erhebung von Marktstandsgeld mit aller Klarheit geschieht. Letzteres ist ein rein privatrechtliches Mietgeld, dessen Höhe auch nicht der Genehmigung der Bezirksregierung bedarf. Der öffentlich-rechtliche Charakter des eigentlichen Marktstandgeldes ist andererseits wieder ein Beleg dafür, daß es sich um eine Vergütung für den Gemeingebrauch handelt. Es wäre verkehrt, sich durch die Vorstellung irreleiten zu lassen, daß von den Käufern kein Marktgeld erhoben wird; so werden auch mancherorts nur von Fahrzeugen, nicht aber auch von Fußgängern, Chausseegelder erhoben.

Was von der Benutzung des Marktes gesagt wurde, gilt in gleicher Weise für die Benutzung von Markthallen, denn es kann für die rechtliche Natur des Entgeldes keinen Unterschied machen, ob der Marktplatz überdacht ist, oder nicht (sondern höchstens für die Höhe des Entgeltes). Messen werden vom Gesetzgeber den Märkten gleich behandelt. Jedoch können bei Messen auf Grund des Gesetzes vom 9. Dezember 1922 (RGBl. 1922, I, S. 929) neuerdings auch für die im Interesse der Beteiligten geleistete Werbe- und Verwaltungstätigkeit Beiträge gefordert werden, während nach § 68 der Gewerbe-Ordnung Gebühren nur

für den überlassenen Raum und den Gebrauch von Buden und Gerätschaften erhoben werden dürfen.

Während wir bisher aus Gesetzen, welche sich in der Hauptsache eigentlich mit anderen Dingen als den öffentlichen Wegen befassen, die für unser Problem interessierenden Vorschriften herausgesucht und behandelt haben, kommen wir nunmehr zu den eigentlichen Wegegesetzen für die preußischen Provinzen. Daß die bisher ergangenen Wegeordnungen, welche jeweils nur für das Gebiet einer Provinz Geltung haben, unter sich wieder große Aehnlichkeiten aufweisen, ist dabei nicht weiter verwunderlich. Als erste erging die Wegeordnung für die Provinz Sachsen vom 11. Juli 1891 (Ges. Samml. S. 316). Diese bestimmt im § 9, daß die unbeschadet des allgemeinen Gebrauchs zulässige Nutzung der öffentlichen Wege dem Wegebaupflichtigen zusteht, soweit nicht ein anderer kraft privatrechtlichen Titels darauf Anspruch hat. Fällt also Eigentumsrecht und Wegebaupflicht nicht in einer Person zusammen, so stehen die Nutzungen dem Eigentümer zu. Unter Nutzungen sind nämlich nicht nur die Früchte der Chausseebäume und das Gras der Böschungen zu verstehen, sondern „Nutzungen sind 1.) die Früchte einer Sache, sowie 2.) die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache gewährt." (s. § 100 BGB.) Alles, was unter den Gemeingebrauch fällt, ist der Einflußphäre des Eigentümers durch die Widmung entzogen; darüber hinaus aber umfaßt sein Recht grundsätzlich wieder die Sache in jeder Beziehung. Darum schränkt das Gesetz das Eigentumsrecht im § 10[66]) ausdrücklich zu Gunsten gewisser im Abs. I des § 10 aufgezählter Anlagen ein.[67])

[66]) § 10 lautet:

I. Der Wegebaupflichtige hat die von den zuständigen Behörden festgestellte Herstellung und Veränderung von Telegraphen- und Telephonlinien, Eisenbahnübergängen, Brücken, Durchlässen und Drainagen in seinem Straßengebiet zu gestatten. Vor Feststellung des Planes hat die Anhörung der Wegepolizeibehörde und der Wegebaupflichtigen zu erfolgen.

II. Die Wegepolizeibehörde kann im Falle des öffentlichen Interesses genehmigen, daß die Ausführung derartiger Anlagen durch die Festsetzung der Entschädigung nicht aufgehalten werde.

III. Eine Entschädigung ist in allen Fällen nur soweit zu gewähren, als durch derartige Anlagen eine Erschwerung der Wegebaulast oder eine Beeinträchtigung der Nutzungen veranlaßt wird.

IV. Steht die Nutzung eines öffentlichen Weges und seiner Zubehörungen einem andern als dem Wegebaupflichtigen zu, so finden die vorstehenden Bestimmungen gleichfalls Anwendung.

V. Die Anlage von anderweitigen Anstalten innerhalb des Wegegebietes, welche nicht durch besondere Gesetze vorgesehen sind, erfordert neben der

In diesem Paragraphen 10 finden wir unsere obige Unterscheidung der Sondernutzungen in solche, welche öffentlichen Zwecken und in solche, welche privaten Interessen dienen, gesetzlich bestätigt. Der § 10 befaßt sich in seinen Bestimmungen in Abs. I—IV nur mit Anlagen, die dem öffentlichen Nutzen dienen, nämlich Telegraphen- und Telephonlinien, Eisenbahnübergängen, Brükken u. a. Bezüglich dieser statuiert er eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung in Abs. I und IV.[68]) Ganz von diesen „Anlagen im öffentlichen Interesse" getrennt, behandelt der § 10 im Abs. V die Errichtung von anderweitigen Anstalten, das sind im Gegensatz zu Abs. I eben solche zu privaten Zwecken. Für diese besteht eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung nicht, vielmehr ist eine dem Abs. IV entsprechende Bestimmung absichtlich fortgelassen. Der durch die Existenz des Abs. IV wiederum e contrario bewiesene Satz, daß grundsätzlich bei Sondernutzungen öffentlicher Sachen die Zustimmung des Privateigentümers derselben erforderlich ist, tritt bezüglich der „anderweitigen Anstalten" wieder in volle Geltung. Nur der Wegebaupflichtige wird neben der Polizeibehörde noch im Zusammenhang mit den Nutzungen zu privaten Zwecken besonders be-

---

Genehmigung der Wegepolizeibehörde die Zustimmung des Wegebaupflichtigen und darf vor Erteilung derselben nicht ausgeführt werden.

VI. Wird die Zustimmung versagt, so kann dieselbe durch Beschluß des Kreisausschusses, und wenn eine Stadt, ein Kreis oder die Provinz dabei beteiligt sind, durch Beschluß des Bezirksausschusses ergänzt werden. Eine solche Ergänzung kann nur erfolgen, wenn der Unternehmer bereit und dazu imstande ist, den Wegebaupflichtigen für die durch die Anlage ihm erwachsende Erschwerung der Unterhaltungspflicht oder entstehende Beeinträchtigung der Nutzungspflicht zu entschädigen.

VII. Die Anlegung und Unterhaltung von Brücken und Durchlässen jeder Art für künstliche Anlagen und Vorrichtungen der vorbezeichneten Art, welche dem Zweck der Wegeanlage fremd sind, gehört nicht zur Wegebaulast.

[67]) Sollten Bedenken darüber bestehen, ob im Abs. IV des § 10 und im § 9 auch der Eigentümer gemeint ist, so brauchen wir nur auf die eindeutige Fassung der W.O. für Ostpreußen zu verweisen, wo im § 5, der dem § 10 der W.O. für die Prov. Sachsen entspricht, ausdrücklich das Eigentumsrecht neben „den sonstigen Rechten am Wege" aufgeführt ist. (Vergl. S. 26, Anm. 70.)

[68]) Wir finden also schon hier in der ersten preuß. Wegeordnung denselben Standpunkt vertreten, den einige Jahre später auch das oben S. 16 ff. behandelte Reichsgesetz über die Telegraphenwege eingenommen hat, daß nämlich die Benutzung von Grundstücken für derartige Zwecke gegen den Willen des Eigentümers nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung zulässig ist.

handelt und zwar aus dem Grunde, um die Möglichkeit zu schaffen, durch ein besonderes Verfahren seine Zustimmung zu ersetzen, da gegen den Wegebaupflichtigen ein Enteignungsverfahren nach dem Enteignungsgesetz, wie es gegen einen Eigentümer möglich wäre, nicht in Frage kommen kann. Nach dem Bericht der Herrenhauskommission [69]) dachte man bei der Aufnahme dieser Bestimmung (§ 10, Abs. VI) vornehmlich an die Fälle, in welchen es in einem gewissen öffentlichen oder wirtschaftlichen Interesse liegt, die Benutzung des Wegekörpers, die nicht durch besondere Gesetze vorgesehen ist, auch gegen den Willen des Wegebaupflichtigen durchsetzen zu können, z. B. bei Wald-, Feld- und Fabrikbahnen, die in neuerer Zeit vielfach zur Anwendung kommen und oft von großer wirtschaftlicher Bedeutung für eine Gegend sein können.

Gegen einen obstinaten Eigentümer, mit dem eine vertragliche Einigung nicht möglich ist, bietet, wenn Gründe des öffentlichen Wohles vorliegen, das Enteignungsgesetz von 1871 eine ausreichende Hilfe. [70]) Deshalb wird m. E. auch nicht, wenn Eigentümer und Wegebaupflichtiger identisch sind, durch den Beschluß des Kreis- bezw. Bezirksausschusses gleichzeitig die Zustimmung des Eigentümers ersetzt, sondern wegen des Eigentumsrechtes ist ein besonderes Enteignungsverfahren ein-

---

[69]) Nr. 81 der Drucksachen des Herrenhauses, 1890/91, S. 241.

[70]) Diese unsere Auffassung findet eine Stütze in der Wegeordnung für die Prov. Ostpreußen, die an Klarheit der Fassung die anderen Wegeordnungen übertrifft. Sie regelt im § 5 nur die Rechtsverhältnisse bezügl. der wegfremden „Anlagen im öffentlichen Interesse" und zwar gleichartig wie die W.O. für die Prov. Sachsen im § 10. Hinsichtlich der Anlage anderweitiger Anstalten und Vorrichtungen nimmt die ostpreuß. W.O. ausdrücklich Bezug auf das Enteignungsgesetz von 1874. Es heißt dort im § 5: „Unbeschadet der Bestimmungen besonderer Gesetze und der Zulässigkeit eines Enteignungsverfahrens auf Grund des Gesetzes über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874 ist die Benutzung von Wegen für Anstalten und Vorrichtungen, die einem der Wegeanlage fremden Zwecke dienen, unter nachstehenden Voraussetzungen statthaft:

Der Wegebaupflichtige hat die Ausführung und die Veränderung der von den zuständigen Behörden im öffentlichen Interesse festgestellten Bahnübergänge, Brücken, Durchlässe und Drainagen innerhalb des Wegegebietes gegen Entschädigung zu gestatten. Vor Feststellung des Planes sind die Wegepolizeibehörde und der Wegebaupflichtige zu hören.

(Abs. 5) Stehen das Eigentum und die sonstigen Rechte am Wege einem andern als dem Wegebaupflichtigen zu, so finden die vorstehenden Bestimmungen auch auf ihn Anwendung . . ."

zuleiten. Der Eigentümer ist auch wegen des Entgeltes nicht an die engen Schranken des Abs. III und VI des § 10 gebunden. Es entspricht durchaus der Billigkeit, daß der Unternehmer, für den die Benutzung der öffentlichen Wege oft von großem Gewinn ist, für diese auch eine angemessene Vergütung zahlt. Hier, wo es sich um privatwirtschaftliche Anlagen handelt, sollen die volkswirtschaftlichen Gesetze ihre Funktion ausüben. Bei den Anlagen im öffentlichen Interesse hat der Gesetzgeber durch den Absatz III (und IV) selbst die Regelung auch nach der finanziellen Seite in die Hand genommen.

Gleiche Vorschriften, wie in der sächsischen Wegeordnung finden sich in der Wegeordnung für die Provinz Westpreußen vom 27. September 1905 (Ges. Samml. S. 357 ff) §§ 6 und 7, und für die Provinz Posen vom 15. Juli 1907 (Ges. Samml. S. 243 ff:) §§ 5 und 6, mit dem einzigen Unterschied, daß Telegraphen- und Telephonlinien in den — dem § 10 der sächsischen WO. entsprechenden — § 6 der westpreußischen und § 5 der posenschen WO. nicht mehr aufgeführt sind, weil das inzwischen ergangene Telegraphenwegegesetz von 1899 darüber eine spezielle Regelung aufgestellt hat.

## § 4.

### Das Recht der öffentlichen Wasserläufe.

Im Gegensatz zum Wegerecht ist bekanntlich das Wasserrecht für den ganzen preußischen Staat im preußischen Wassergesetz vom 7. April 1913 einheitlich geregelt worden. Auch hier gilt es, aus den einzelnen Vorschriften des Gesetzes das Prinzip zu erkennen suchen, nach welchem der Gesetzgeber das Eigentumsrecht behandelt hat.

Von allen öffentlichen Sachen ist stets hinsichtlich der öffentlichen Flüsse und Seen am stärksten ein Privateigentum in Abrede gestellt worden, und zwar selbst von solchen Autoren, die grundsätzlich ein Privateigentum an öffentlichen Sachen anerkennen.[71]) Demgegenüber stellen nun die §§ 7 und 8 des preußischen Wassergesetzes mit erfreulicher Klarheit fest, daß die Wasserläufe erster Ordnung im Privateigentum des Staates und die Flüße zweiter und dritter Ordnung im Privateigentum der Anlieger stehen. Allerdings klärt das preußische Wassergesetz die Frage nicht, ob das Eigentumsrecht sich auf das Flußbett allein erstreckt, oder auch das darin enthaltene Wasser umfaßt. Wir begegnen hier derselben Kontroverse, wie sie im Bürgerlichen Recht über die Frage der Eigentumsfähigkeit des Luftraums besteht. Man behauptet nämlich, daß weder die Luft noch die fließende Wasserwelle wegen ihrer Unbeherrschbarkeit des Eigentums fähig sei. Nun wird wohl von keinem Schriftsteller die Ansicht vertreten, daß das Eigentumsrecht sich auf den stets wechselnden Luftstoff erstreckt, sondern es umfaßt nach der Ansicht von Planck,[72]) Wolff[73]) und anderen den Luftraum. Aehnliches will anscheinend bezüglich der Flüsse auch Hatschek sagen, wenn er im § 58, I ausführt: „Die fließende Wasserwelle ist des Eigentums nicht fähig; aber das fließende Wasser ist nicht mit der einzelnen Wasserwelle zu verwechseln".

Um nun der begrifflichen Schwierigkeit: der Annahme eines Eigentums an einem Raume zu entgehen, spricht man in der

---

[71]) Z. B. Regelsberger, Pandekten § 113, VIII, 2 und § 117, II, 1 und Wächter, Pandekten § 60, C, II und Beilage II zu § 60.

[72]) Bd. III, § 905, Anm. 1.

[73]) Ennecerus,

Literatur meist von einer Erstreckung der Interessensphäre[74]) bezw. des Herrschaftsrechts[75]) des Grundstückseigentümers auf den Luftraum.[76]) Schon in den Protokollen zum BGB.[77]) heißt es: „Vielleicht werde man besser von der Erstreckung der Befugnisse des Eigentümers sprechen, um dem formellen Einwande zu begegnen, daß durch die Vorschrift des § 905 BGB. ein Eigentum an einem Raume anerkannt werde". Gleichwohl aber heißt es im § 905 BGB.: „Das Recht des Eigentümers eines Grundstücks erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche . . ."

Es ist eine unfruchtbare Arbeit, sich hier um Worte zu streiten; es ist in Wahrheit nur ein Streit um Worte, denn praktische Unterschiede ergeben sich aus der verschiedenartigen Formulierung nicht. Im Abgeordnetenhause ist man bei der Beratung des preußischen Wassergesetzes über diese Frage hinweggegangen mit der Erwägung, daß das Eigentum bei allen Sachen durch die Eigenart der Sache bestimmt werde;[78]) und das RG. sagt, daß dauernd fließende Gewässer aus drei wesentlichen und notwendigen Bestandteilen bestehen: dem fließenden Wasser, dem Bette und den Ufern. Diese Bestandeile bilden ein integrierendes Ganze.[79])

Ich schließe mich daher der Ansicht an, daß das Eigentumsrecht an Wasserläufen sich auf das Flußbett und dem über demselben befindlichen, vom Wasser durchflossenen Raum erstreckt. Dies dürfte auch der natürlichen Auffassung entsprechen.

Wir haben auf S. 28 bereits festgestellt, daß dieses Eigentum an den Wasserläufen ein privatrechtliches Eigentum in vollem Umfange ist.[80]) Der Eigentümer kann daher mit dem Wasserlauf nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen.[81]) Von diesem Standpunkt aus stellt sich die Benutzung des Wasserlaufs lediglich als Ausfluß des Eigentümerrechts an die-

---

[74]) So Endemann Bd. II, 1, § 71, Anm. 7.

[75]) So Staudinger § 905, Anm. 1a.

[76]) Walter Schmidt, im Verw. Arch. Bd. 22, S. 109/110, konstruiert für das Wasserrecht das Eigentumsrecht am Wasserlauf als eine „Verbindung des Eigentums am Flußbett plus dinglicher ausschließlicher Nutzungsrechte am Wasser."

[77]) Prot. II, 3, S. 122.

[78]) S. Holtz-Kreutz § 7, S. 46/47.

[79]) RG. Bd. 3, S. 233.

[80]) So noch neuerdings RG. in Bd. 94, S. 35.

[81]) Vergl. Holtz-Kreutz Bd. I, S. 225 und Gottschalk S. 114.

sem dar. Grundsätzlich steht jede Art der Benutzung dem Eigentümer zu.[82])

Das an sich allumfassende Verfügungsrecht des Eigentümers ist nun vom Gesetz in Anbetracht der großen Bedeutung, die die Wasserläufe für die gesamte Volkswirtschaft haben, erheblich eingeschränkt worden. Immerhin aber ist festzustellen, daß primär das Recht des Eigentümers den Wasserlauf beherrscht, und nur soweit dieses ausdrücklich eingeengt oder beseeitigt wird, es seine Wirkung verliert. Die Beschränkungen, welche das Gesetz dem Eigentümer auferlegt, zerfallen gedanklich in solche, die die Ausübung und den Schutz des Gemeingebrauchs betreffen und in solche, die sonstwie die Erhaltung und Nutzbarmachung der Wasserläufe für sonstige Zwecke der Volkswirtschaft erstreben.

Die Wasserläufe aller drei Ordnungen sind geborene öffentliche Sachen, res usui publico destinatae. Zu ihrer Uebergabe an den Gemeingebrauch ist ein besonderer Widmungsakt nicht erforderlich. In § 25 des preußischen Wassergesetzes wird ausdrücklich ausgesprochen, daß jedermann die öffentlichen Wasserläufe zu bestimmten — den Gemeingebrauch darstellenden — Zwecken benutzen dürfe. Dem entspricht die Pflicht des Eigentümers, die Ausübung des Gemeingebrauchs zu dulden. Das Eigentumsrecht ist aber, anders als im Wegerecht, noch in solcher Stärke und in solchem Umfange wirksam, daß bei einer Collision zwischen Gemeingebrauch und Eigentumsausübung der Gemeingebrauch zurückweichen muß. Jedoch kann, entsprechend dem Wesen der öffentlichen Wasserläufe als Sachen des Gemeingebrauchs, nur eine zweckentsprechende und vernünftige Eigentümernutzung den Gemeingebrauch behindern.[83]) Deshalb bestimmt § 36 WG., daß der Gemeingebrauch nicht unnütz erschwert und nicht ohne erheblichen Grund unmöglich gemacht werden soll. Dieser große Unterschied gegenüber dem Wegerecht liegt darin begründet, daß der Gemeingebrauch bei der Entstehung einer öffentlichen Straße die causa movens ist, während er bei den bereits vorhandenen Flüßen sich als accidentielle Erscheinung darstellt. Die tatsächliche dauernde Hinderung des Gemeingebrauchs an einer öffentlichen Straße würde einer Entwidmung gleichkommen.

---

[82]) Vergl. Gottschalk, Vorbem. zu § 40, S. 49.

[83]) Vergl. auch Schmidt im Verw. Arch. Bd. 22, S. 97.

Zum Unterschied von den Wegegesetzen müssen wir weiterhin feststellen, daß die Befugnisse, die im Gemeingebrauch enthalten sind, in den §§ 25 und 26 des preußischen WG. erschöpfend aufgezählt sind.[84]) Würde nämlich der Gemeingebrauch dem Einzelnen eine unbeschränkte Ausnutzung des Wasserschatzes gewährleisten, so bestände die Gefahr der Mißwirtschaft und des Wasserraubes. Daher ist bereits im Mittelalter der Gemeingebrauch auf ein „unschädliches Maß" eingeschränkt worden, indem jede intensivere Inanspruchnahme dem Herrn des Wasserlaufes vorbehalten blieb. Diese Entwicklung hat zur Folge gehabt, daß der Umfang des Gemeingebrauchs gesetzlich bestimmt, und die Arten der in ihm enthaltenen Nutzungen in den Wasserrechtsordnungen einzeln aufgeführt wurden.[85]) Jede Nutzung des Wasserlaufes also, die nicht in den §§ 25 und 26 erwähnt ist, fällt nicht unter den Gemeingebrauch und braucht infolgedessen vom Herrn des Wasserlaufs als ein unzulässiger Eingriff in sein Eigentum nicht geduldet zu werden. Ihm selbst dagegen steht als Ausfluß seines Eigentumsrechtes jede Nutzung zu (§ 40 preuß. WG.), soweit nicht Rechte Dritter entgegenstehen — z. B. solche der übrigen Miteigentümer des Wasserlaufes oder dinglich Berechtigter (siehe §§ 41/45) — oder das Gesetz in öffentlichem Interesse bestimmte Nutzungsarten allgemein verbietet, bezw. von einer Polizeierlaubnis abhängig macht (siehe §§ 19/23). Die Verbote der §§ 19, 20, 22 und 23 treffen nämlich jedermann, auch den Eigentümer, der an sich zu den unter Verbot gestellten Tätigkeiten privatrechtlich berechtigt wäre.

Wenn nun (in Form der Genehmigung) eine Ausnahme von dem Verbot zugelassen wird, so wird nur in polizeilicher Hinsicht festgestellt, daß z. B gegen die Einleitung von flüssigen Stoffen (§ 25) oder die Errichtung von Anlagen im Wasserlaufe (§ 22) oder dergleichen Bedenken nicht bestehen. Es wird also lediglich das Eigentum von einer öffentlich-rechtlichen Beschränkung befreit. Keineswegs aber kann die Polizei, wenn

[84]) OVG. Bd. 79, S. 163: „Kraft des kodificatorischen Charakters des Wassergesetzes besteht der Gemeingebrauch an Wasserläufen, als im öffentlichen Recht begründete Rechtseinrichtung, nur soweit, als das Gesetz sein Bestehen oder Fortbestehen anordnet.

[85]) Siehe Schmidt Verw.-Arch. Bd. 22, S. 96 und Entsch. d. OVG. vom 5. Juni 24, Bd. 79, S. 163: „Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs sind daher grundsätzlich unabhängig davon, was früher hinsichtlich der Benutzung durch die Allgemeinheit rechtens war, vielmehr ist der früher bestehende Gemeingebrauch durch den des Wassergesetzes ersetzt."

sie die Erlaubnis einem Dritten erteilt, diesem auch die privatrechtliche Befugnis zur Errichtung der Anlage oder zur Einleitung der Abwässer zuerkennen; so betont das Gesetz selbst z. B. im § 23, daß sie dem Anzeigenden nur mitzuteilen hat, „daß von Polizeiwegen keine Bedenken (gegen die Einleitung) zu erheben seien." Scharf formuliert diesen Gedanken das sächsische Wasserrecht im § 26 Abs. III, wo bestimmt ist, daß die (polizeiliche) Erlaubnis anderen gegenüber solange keine Wirkung habe, als nicht der Antragsteller in Ansehung des Ufergrundstücks und des Bettes, die zur Ausführung des beabsichtigten Unternehmens erforderlichen Befugnisse als Eigentümer oder aus einem sonstigen Rechtsgrunde besitzt.[86])

Der Eigentümer kann nun seine Nutzungsbefugnis, die sich als Funktion seines Eigentumsrechtes am Wasserlaufe darstellt, im Wege eines privaten Rechtsgeschäftes auf Dritte übertragen, soweit sie über den Gemeingebrauch hinausgeht; — innerhalb der Grenzen des Gemeingebrauchs nämlich steht sie jedem Staatsbürger an sich schon zu, als Ausfluß seiner persönlichen Handlungsfreiheit, so daß sie ihm also nicht erst noch übertragen werden kann. — Soweit der Eigentümer zur Nutzung des Wasserlaufs einer polizeilichen Genehmigung nicht bedarf, bedarf auch

---

[86]) Daß die Polizei verpflichtet ist, die Erlaubnis zu versagen, wenn sie den Mangel der privatrechtlichen Befugnis des Antragstellers kennt, — wie Schmidt im Verw. Arch. Bd. 22, S. 121 meint, — dürfte nicht zutreffend sein, da die Polizei grundsätzlich sich um Privatrechtsverhältnisse nicht zu kümmern hat, und es nicht ihre Aufgabe ist, Privatrechte zu schützen; es sei denn, daß dieses eigens durch Gesetz vorgeschrieben wäre. Eine solche Vorschrift existiert aber nicht; ja es besteht nicht einmal eine praktische Notwendigkeit für die Ansicht von Schmidt, da es garnicht selten vorkommen mag, daß der Unternehmer mit dem Eigentümer privatrechtlich erst verhandeln will, wenn er sicher ist, daß die Polizei ihm keine Schwierigkeiten bereitet. Das oben zitierte sächs. Wasserrecht sagt sehr fein: „die Erlaubnis hat solange anderen gegenüber keine Wirkung . . ." Nur in dem Falle, daß das Privateigentum durch irgendwelche Gebrauchsarten in unzulässiger Weise beeinträchtigt wird, gibt das Gesetz im § 21 ausnahmsweise der Polizeibehörde die Befugnis, zum Schutze des Privateigentums einzugreifen. Das geht aus der Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen unzweifelhaft hervor; denn die Streichung der Worte: „aus Gründen des öffentlichen Interesses" wurde in der zweiten Lesung ausdrücklich damit begründet, daß es im Interesse einer sachgemäßen Durchführung des Wassergesetzes liege, die Wasserpolizeibehörde auch zur Wahrnehmung von privaten Interessen zu ermächtigen. (Vergl. Komm. Ber. des Abg.-Hauses S. 43 und Holtz-Kreutz § 21, S. 138.)

der Dritte, dem der Eigentümer sein Nutzungsrecht überträgt, einer solchen nicht, obwohl die Grenzen des Gemeingebrauchs überschritten werden. Nur wo kraft positiver Gesetzesvorschrift bestimmte Nutzungsarten des Eigentümers unter Erlaubnisvorbehalt gestellt sind (§§ 20, 22, 23), ist ihre Ausübung auch seitens des Dritten von einer polizeilichen Genehmigung abhängig.

Es bedarf keiner besonderen Erwähnung, daß der Eigentümer nicht mehr Rechte übertragen kann, als ihm selbst zustehen. Das gilt besonders bezgl. solcher Nutzungsarten, deren Berechtigung auch von ihm nur auf Grund einer besonderen „Verleihung" erlangt werden kann.

Durch dieses Institut der „Verleihung", in Verbindung mit den „Zwangsrechten", sucht das preußische Wassergesetz die Nachteile zu vermeiden, die eine rein privatrechtliche Regelung des Wasserrechts im Gefolge haben kann. Denn von großem Schaden für die Volkswirtschaft würde es sein, wenn nur der Eigentümer des Wasserlaufs rechtlich in der Lage wäre, die Wasserkräfte auszunutzen, während ihm dazu vielleicht tatsächlich die erforderlichen Kenntnisse, die ausreichenden Mittel oder das nötige Interesse fehlen, und dritte Personen die Erlaubnis einer über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzung lediglich durch Privatvertrag mit dem Eigentümer erlangen könnten.

Die Verleihung ist ein öffentlich-rechtlicher Akt, durch den für ein bestimmtes Rechtssubjekt ein privates, fest umgrenztes Wassernutzungsrecht begründet wird, dessen Ausübung auch in polizeilicher Hinsicht für die Zukunft sichergestellt wird. Durch sie wird die Machtsphäre des Privateigentümers zurückgedrängt. Darin liegt der bedeutsame Unterschied der wasserrechtlichen Verleihung von der Verleihung des § 16 der Gew. O., daß sie nicht nur ein Recht gegenüber den Behörden begründet, sondern auch die privaten Rechtsverhältnisse, und zwar zu Gunsten privatwirtschaftlicher Interessen, mit öffentlicher Gewalt regelt.

Die Wirkung der Verleihung ist materiell dieselbe wie die einer teilweisen Enteignung, durch Begründung eines Rechtes an einer fremden Sache. Trotz der großen Aehnlichkeit möchte ich die Verleihung nicht als einen Enteignungsakt gegenüber dem Eigentum am Wasserlauf auffassen, sondern als behördlichen Akt, der die, durch das Wassergesetz geschaffene, öffentliche Eigentumsbeschränkung ihrem Inhalt nach und in Bezug auf den Inhaber

des Nutzungsrechts näher bestimmt.[87] Diese Auffassung gründet sich auf folgende Momente: Nach der zu billigenden Ansicht von Layer ist der Enteignung die Aufhebung von Rechten wesentlich.[88]) Durch den Verleihungsakt aber wird das Recht des Flußeigentümers weder zum Teil noch ganz aufgehoben. Es wird nur zurückgedrängt. Entzieht die Wasserbehörde dem Bewerber das verliehene Recht, so lebt das Eigentumsrecht in vollem Umfange wieder auf, ohne daß es eines contrarius actus bedürfte. Weiterhin würde es mit dem Begriff der Enteignung unvereinbar sein, daß der Eigentümer selbst, wenn er sein Eigentum zu gewissen Nutzungen — z. B. den im § 46 Ziffer 2—4 WG. aufgezählten – verwenden will, die Verleihung nachsuchen muß. Auch ist für die Verleihung ein freiwilliger Verzicht des Eigentümers auf sein Recht, der ein Enteignungsverfahren immer beenden würde, bedeutungslos. Vor allem aber spricht der § 54 WG. gegen die Konstruktion, die Verleihung als Enteignung aufzufassen. Die Enteignung ist von Neumann[89]) treffend als „zwangsweise Vermögensveränderung" bezeichnet worden, und Layer[90]) hat dargetan, daß die Gewährung einer Entschädigung bei allen Nationen begrifflicher Bestandteil des Rechtsinstituts der Verleihung ist. Er zieht daraus den Schluß, „daß überall, wo ein Eingriff in subjektive Rechte ohne Entschädigung vorgesehen ist, tatsächlich etwas anderes als eine Enteignung vorliegt."[91]) § 54 des preußischen Wassergesetzes bestimmt aber gerade, daß ein Entgelt für die Benutzung des Wasserlaufes nicht erhoben werden darf.

Für bestimmte, im § 46 WG. ausschließlich aufgeführte Benutzungsarten kann also auch ohne oder sogar gegen den Willen des Privateigentümers oder sonstigen dinglich Berechtigten durch einen öffentlich-rechtlichen Akt ein privates Nutzungsrecht verliehen werden, das gemäß § 81 im Rechtswege verfolgbar ist.[92]) Nur wenn bei einer Verleihung dem Eigentümer ein absolutes

---

[87]) Gleicher Ansicht ist anscheinend E. v. Hippel, § 47, Anm. 1, S. 59.

[88]) Layer, Enteignungsrecht S. 16 f.

[89]) Annalen 1886, S. 407, zitiert bei Layer S. 28.

[90]) S. 21 ff. und S. 449 ff.

[91]) Layer S. 22.

[92]) Das Nutzungsrecht erstreckt sich naturgemäß lediglich auf den Wasserlauf und geht nicht über die Uferlinie hinaus. Will der Unternehmer auch die angrenzenden Grundstücke benutzen, so ist er auf Vereinbarung mit den Anliegern oder auf den Weg der Enteignung angewiesen.

Widerspruchsrecht zusteht, wo also der Bereich der öffentlichen Eigentumsbeschränkung aufhört, — das ist z. B. der Fall bei Nutzungsverleihungen an Talsperren und künstlichen Wasserläufen (§ 49 Abs. II) — kann dieser sich ein Entgelt privatrechtlich ausbedingen.[93])

Es ist noch zu erwähnen, daß die weniger wichtigen Nutzungsarten, die im § 46 nicht aufgezählt sind, wie z. B. die Entnahme von Sand, Kies oder Steinen aus dem Flußbette nicht im Wege der Verleihung gestattet werden können, sondern daß hier der Unternehmer nur die Möglichkeit einer privatrechtlichen Vereinbarung mit dem Eigentümer hat.

Eine weitere Beschränkung des Eigentums finden wir im Institut der Zwangsrechte. Der Eigentümer des Wasserlaufs hat die über den gewöhnlichen Gebrauch hinausgehende Benutzung des Wasserlaufs durch bestimmte, in den §§ 331, 332 WG. bezeichnete Unternehmungen und die Einrichtung von Treppen, Brücken, Bootshäusern, Wascheinrichtungen . . . oder ähnlichen Anlagen seitens des Eigentümers oder Nutzungsberechtigten des Ufergrundstücks zu gestatten (§ 333). Auch hier möchte ich annehmen, daß das Benutzungsrecht nicht erst im Zwangsverfahren durch konstitutiven Verwaltungsakt begründet wird, sondern daß diesem Akte nur deklaratorische Bedeutung zukommt, und die rechtlichen Befugnisse den Unternehmern bereits durch das Gesetz beigelegt sind.

Wir können somit feststellen, daß das Recht des Eigentümers im Sinne der intensivsten Ausnutzung der im Wasser vorhandenen wertvollen Kräfte, im Interesse der Volkswirtschaft, der Bodenkultur und der Volksgesundheit, nicht zuletzt auch im Interesse der Anlieger erheblichen Beschränkungen unterworfen ist, daß es aber prinzipiell den Wasserlauf in jeder Beziehung beherrscht und nur da zurückweicht, wo das Gesetz es ausdrücklich vorschreibt.

Werfen wir noch einen Blick auf die außerpreußische Wassergesetzgebung. Das sächsische Wassergesetz vom 12. März 1909 ist treffenderweise als reines „Polizei-Gesetz" charakterisiert worden.[94]) Die Absicht des Regierungsentwurfes, alle Wasserläufe als öffentliches Gut dem Gemeingebrauch zu übergeben und sie ganz dem öffentlichen Recht zu unterstellen, indem man sie dem Privatrechtsverkehr, wie überhaupt dem Be-

[93]) S. Komm. Ber. S. 110 und E. v. Hippel § 54, Anm. 2, S. 65.
[94]) S. August F. Meyer, Sächs. Wasserges. S. 3.

griffsumfang des Privateigentums entziehen wollte, drang in der Kammer nicht durch. Auf der anderen Seite konnte auch der Versuch, die gesamten privatrechtlichen Verhältnisse am Wasserlauf zu regeln, bei den heftigen Parlamentskämpfen nicht zum Erfolge führen. Das Gesetz hat sich darauf beschränken müssen, lediglich festzustellen, daß die Bette der fließenden Gewässer im Privateigentum der Anlieger bezw. des Staates stehen, wenn nicht das Eigentum eines anderen begründet ist. (§ 6 1 c.) Aus dem Umstande, daß das Gesetz nicht von den Gewässern schlechthin, sondern von den „Betten der fließenden Gewässer", spricht, hat man geglaubt, für das sächsische Recht annehmen zu müssen, daß das Eigentumsrecht am Wasserlauf sich ausschließlich auf das Flußbett erstrecke, das darin befindliche Wasser ihm also entzogen sei.[95]) Demgegenüber hat Apelt[96]) im Sinne unserer grundsätzlichen Ausführungen bezüglich des preußischen Rechts (vergl. S. 28 f.) darauf hingewiesen, daß diese Auffassung nicht befriedigen kann, „da sie den Fluß, der eben aus Bett und Wasser besteht und der in Wirklichkeit nicht in seine Teile zerlegt werden kann, juristisch künstlich in zwei Stücke trennt, für die ganz verschiedene rechtliche Betrachtungsweisen maßgebend sein sollen". Vielmehr sei Bett und Wassersäule als einheitliches Ganze zu betrachten, so daß das Eigentumsrecht am Flußlaufe als solchem zu bejahen sei. Diese ganze Frage ist jedoch streng genommen kaum von Bedeutung, da ja nach Reichsrecht das Recht des Eigentümers sich auch auf den Raum über seinem Grundstück erstreckt (§ 905 BGB.), und außerdem die Sondernutzungen meistens neben der Benutzung des Raumes über dem Flußbett noch einen Eingriff in den Grund und Boden des Wasserlaufs bedingen.

Das sächsische Wassergesetz teilt die Gesamtheit der an einem fließenden Gewässer möglichen Nutzungen ein in den Gemeingebrauch und die „besonderen Nutzungen". Die „besonderen Nutzungen" sind nicht Ausfluß staatlicher Verfügungsgewalt und damit von einer Rechtsverleihung seitens des Staates abhängig, wie es der Regierungsentwurf gewollt hatte, „sondern Ausfluß der an sich vorhandenen Machtbefugnis des Einzelnen, der sie auf Grund seiner rechtlichen und tatsächlichen Position als Eigentümer oder dinglich Berechtigter des Ufergrundstückes oder des Fluß-

---

[95]) S. W. Schelcher, Wasserges. f. d. Königr. Sachsen, 2. Aufl., Bd. II, S. 35, Anm. 4 zu § 6.

[96]) In Fischers Zeitschrift Bd. 46, S. 330 ff.

[97]) Vergl. W. Schelcher, Fischers Zeitschr. Bd. 25, S. 316.

bettes auszuüben in der Lage ist" (s. § 26 Abs. 3 sächs. WG.)[97] Sie sind lediglich mit Rücksicht auf die eigenartige Natur des fließenden Wassers und die große Bedeutung, die ein richtiger und vernünftiger Gebrauch für das allgemeine Wohl hat, zum Teil von einer behördlichen Erlaubnis abhängig gemacht.[98]

Zur Sondernutzung fließender Gewässer ist demnach in den vom Gesetz vorgeschriebenen Fällen (s. §§ 23 ff.) eine Polizeierlaubnis erforderlich, die die privatrechtliche Befugnis des Benutzers bereits voraussetzt.[99] Wenn dieser daher selbst nicht Eigentümer des Flußbettes ist, so muß er auf Grund eines privatrechtlichen Vertragsschlusses die Zustimmung des Eigentümers erst erlangen.

Auch nach sächsischem Recht kann die Zustimmung des Privateigentümers in bestimmten Fällen durch hoheitlichen Akt zwangsweise ersetzt werden (s. §§ 143 ff.). Anders als bei dem Institut der Verleihung des preußischen Wasserrechts liegt hier jedoch keine gesetzliche Eigentumsbeschränkung vor, sondern wie aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes hervorgeht, ein gewöhnlicher Fall der Enteignung. Die Ueberschrift zum „Sechsten Teil", der mit § 143 beginnt, lautet: „Verleihung und andere Zwangsrechte", und im § 147 bestimmt das Gesetz, daß „auf die Enteignung zu den in §§ 143, 144 bezeichneten Zwecken die Vorschriften des (sächsischen) Enteignungsgesetzes vom 24. Juni 1902 anzuwenden sind, soweit nicht im gegenwärtigen Gesetz etwas anderes bestimmt ist."

Daß nun Apelt, dessen Ansicht mit der hier vertretenen im wesentlichen übereinstimmt, das Eigentum des Staates an gewissen Flüssen, – die im § 5 Abs. 3 benannt sind, – als „öffentliches Eigentum" im Sinne Otto Mayers aufgefaßt wissen will, muß mit Rücksicht auf die Genesis des Gesetzes,[100] auf die gleichlautende

---

[98]) Vergl. die Regierungserklärung in der Deput.-Sitzung der 2. Kammer, abgedr. bei Meyer S. 7/8.

[99]) S. W. Schelcher, Fischers Zeitschr. Bd. 25, S. 319: „Die Erlaubnis zur besonderen Wasserbenutzung wirkt für den Antragsteller nur in seinem Verhältnis zur Staatsgewalt, nicht auch gegenüber Dritten, in deren Rechtskreis durch die Ausübung der Erlaubnis eingegriffen würde."

[100]) S. darüber W. Schelcher a. a. O. S. 354 ff. Wie er nachweist, wollte der § 1 des Gesetzentwurfes von 1899 festsetzen, daß alle in natürlichem oder künstlichem Bette ständig fließenden Gewässer „öffentliche Gewässer" und dem Privatrechtsverkehr entzogen seien. Dieser Versuch ist vollkommen gescheitert.

Ausdrucksweise der Absätze 1 und 3 des § 5 [101]) und die einheitliche Behandlung aller Flußläufe im Wassergesetz als irrtümlich angesehen werden. Dieser Punkt hat aber vorwiegend nur theoretische Bedeutung; denn die Rechtsverleihung seitens des Staates als Eigentümer ist doch erforderlich, nur daß sie sich nach Apelt [102]) nicht als eine Entschließung des nach Privatrecht verfügenden Eigentümers, sondern als öffentlich rechtlichen Verwaltungsakt darstellt, der als „Verleihungsakt" in der Polizeierlaubnis enthalten ist.

Art. 2 des Wassergesetzes für das Königreich Bayern vom 23. März 1907 lautet: „Die öffentlichen Gewässer stehen im Eigentum des Staates". Trotz dieser klaren Fassung des Gesetzes werden auch für das bayrische Recht dieselben Bedenken wie im sächsischen Recht geltend gemacht, ob sich das Eigentumsrecht nicht nur auf das Flußbett, sondern auch auf das Wasser in demselben erstreckt. [103]) Wir brauchen an dieser Stelle nicht nochmals auf diese Frage einzugehen, sondern können auf unsere Ausführungen S. 28 f. und S. 36 Bezug nehmen.

Was unter den „öffentlichen Gewässern" des Art. 2 zu verstehen ist, führt Art. 1 des Gesetzes aus. Es sind dies kurz gesagt: alle schiffbaren Wasserläufe, natürliche und künstliche, sowie deren Nebenarme. Diesen stellt das Gesetz die privaten Gewässer gegenüber, die im Eigentum von Privatpersonen stehen. [104]) Die privaten Gewässer werden wieder eingeteilt in Privatflüsse und -Bäche

---

[101]) § 5 lautet: „1. Die Betten der fließenden Gewässer stehen, wenn nicht das Eigentum eines anderen begründet ist, im Eigentume derjenigen, durch deren Grundstücke der Wasserlauf geht.

2. Gehören die Grundstücke verschiedenen Eigentümern, so bildet, soweit nicht etwas anderes festgesetzt ist, die Mitte des Bettes die Grenze zwischen den gegenüber liegenden Grundstücken. Die Mitte des Bettes bestimmt sich nach den Uferlinien; die Grenze in Ansehung der an demselben Ufer liegenden Grundstücke wird, vorbehaltlich etwaiger anderweitiger Festsetzung, gebildet durch eine von dem Endpunkte der Landgrenze rechtwinklig zur Mitte des Bettes zu ziehenden Linie.

3. Die Betten der Elbe, der Freiberger, der Zwickauer und der vereinigten Mulde sowie der weißen Elster stehen im Eigentume des Staates, soweit sie nicht von anderen erworben worden sind."

[102]) A. a. O., S. 346.

[103]) So ergreift nach Eymann, Bd. I, S. 164 ff. das Eigentumsrecht nur das Bett und die Ufer, nicht auch das Wasser selbst.

[104]) Jedoch kann auch an den Privatflüssen streckenweise das Eigentum dem Staate zustehen (Art. 23). Dann gelten für diese die Bestimmungen über die „öffentlichen Gewässer" (Art. 23 und 46.)

einerseits (Art. 21 ff.) und „geschlossene Gewässer" andererseits (Art. 16). Die letzteren, zu denen Brunnen, Weiher, Zisternen und das Grundwasser gehören, scheiden aus dem Bereich unserer Untersuchung aus.

Es ist für das bayrische Recht ebenso wie für das preußische unbestritten, daß das Eigentum an allen Wasserläufen ein privatrechtliches in vollem Umfange ist. Jedoch hat der Eigentümer der „öffentlichen Gewässer" sowie der „Privatflüsse und Bäche" gemäß Art. 26 ff. den Gemeingebrauch zu dulden.[105]) Ueber den Sondergebrauch gibt das Gesetz eine verschiedenartige Regelung, je nachdem ob es sich um „öffentliche Gewässer" oder um „Privatflüsse und Bäche" handelt. Was die Privatgewässer betrifft, so stellt es, von dem Grundsatz ausgehend, daß dem Eigentümer das volle Nutzungsrecht am Wasserlauf zusteht, nur einige nachbarrechtliche Beschränkungen auf, die durch private Vereinbarungen unter den verschiedenen Eigentümern desselben Wasserlaufs, den „Ufereigentümern", beseitigt werden können.

Die Nutzungsrechte der „Ufereigentümer" können von diesen wie jedes andere Privatrecht im Wege des Privatrechtsverkehrs auf andere übertragen werden.[106]) Die Sondernutzung an den Privatflüssen kann also nur auf Grund einer vertraglich zu erlan-

---

Art. 23 lautet: „Auf die Privateinflüsse und Bäche, die im Eigentum des Staates stehen, findeen die Bestimmungen des Art. 5 Abs. 1 und 4, der Art. 6. 8 bis 15 und des Art. 21, Abs. 4 entsprechende Anwendung."

Art. 46: „Die Benutzung der im Staatseigentum befindlichen Privatflüsse und Bäche (Art. 23) durch andere bemißt sich nach Art. 42 und 43."

[105]) Die Bezeichnung „öffentliche Flüsse" hat also für das bayr. Recht nicht die gewöhnliche Bedeutung, daß sie dem öffentlichen Gebrauch zugänglich sind, denn das sind auch die Privatflüsse und Bäche; sondern besagt nur, daß sie im Eigentum des Staates stehen.

[106]) Eine seltsame Ansicht vertritt Eymann, der auf S. 352 die Vorzugsstellung der Eigentümer nicht als Ausfluß des Eigentumsrechtes ansieht, sondern sie durch den Ausschuß aller Nichteigentümer von den betr. Nutzungsarten, die diesen an sich als natürliches Freiheitsrecht wie der Gemeingebrauch zustehen würden, begründet. Infolgedessen muß er den „über die Abtretung oder Ausnutzung einer Wasserkraft geschlossenen Vertrag „zweifellos" für einen öffentlich-rechtlichen halten. Es macht ihm aber Besorgnis, wenn derselbe einen „Kaufpreis" festsetzt, da seiner Ansicht nach jede Entschädigung dem bürgerlichen Recht angehört. Der Vertrag liegt dann in zwei verschiedenen Ebenen; er ist nach Eymann „kein Kaufvertrag, sondern eine Verzichtserklärung auf ein öffentliches Recht zu Gunsten eines anderen, verbunden mit einem zivilrechtlichen Schadensersatzvertrage (!) im Hinblick auf die Verzichtserklärung." Diese Konstruktion spricht für sich selbst.

genden Genehmigung des Privateigentümers erfolgen, unbeschadet der Polizeierlaubnis, deren auch der Eigentümer selbst bei gewissen, in den Art. 37 ff. aufgezählten Benutzungsarten bedarf.

Anders ist die Rechtslage bei den Sondernutzungen an „öffentlichen Gewässern". Diese „unterliegen bloß der Erlaubnis der Verwaltungsbehörde" (Art. 42). Zuständig zur Erteilung der Erlaubnis ist die Distriktsverwaltungsbehörde, dieselbe, welche auch über die polizeiliche Erlaubnis nach Art. 37 zu entscheiden hat. „Die Befugnis des Staates zur Erteilung einer derartigen Erlaubnis folgt aus dem Eigentumsrecht des Staates an den öffentlichen Flüssen."[107])

Dieser Akt der Distriktsverwaltungsbehörde hat also eine doppelte Funktion: Er bezieht sich sowohl auf die polizeiliche wie auf die privatrechtliche Seite der Wasserbenutzung.[108]) Beide Seiten dieses Rechtsverhältnisses werden durch ihn geregelt. Das Gesetz hat das Eigentumsrecht des Staates seiner eigenen polizeilichen Macht unterstellt. Hierin könnte man eine bloße Aenderung in der Zuständigkeitsordnung erblicken, indem für den Staat als Eigentümer nicht die fiskalische Behörde, sondern die Polizeibehörde zu handeln berufen ist. Jedoch würde man dadurch m. E. den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht. Vielmehr haben wir es, wie im preußischen Wasserrecht (vergl. S. 33 f.), wieder mit einem Fall der gesetzlichen Eigentumsbeschränkung zu tun. Das Gesetz hat dem Staat als Eigentümer der „öffentlichen Flüsse" seine Rechte an diesen, um sie im Interesse der Volkswirtschaft und Landeskultur besser nutzbar zu machen, in weitem Umfange entzogen, und der Polizeibehörde die Disposition darüber, ob und durch wen die öffentlichen Flüsse Sondernutzungen dienstbar gemacht werden sollen, übertragen. Diese setzt auch die vermögensrechtliche Entschädigung gemäß Art. 73 für die Sondernutzung fest; „allerdings muß die Regierungsfinanzkammer bezw. deren Vertreter vorher einvernommen werden; und die Unterlassung dieser Einvernahme müßte als „Mangel des rechtlichen Gehörs" die Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge haben".[109]) Der einzelne Akt der Polizeibehörde, durch den sie einem Dritten ein Sondernutzungsrecht gegen Entschädigung einräumt, ist somit nicht etwa als Enteignung aufzufassen, sondern eben als Ausfluß jener ge-

---

[107]) So der Korrefferent der Reichsratskammer, von Thelemann, Korreferat S. 64; zitiert bei Eymann, Bd. I, S. 423.

[108]) S. Eymann S. 433.

[109]) So Eymann S. 339.

setzlichen Eigentumsbeschränkung. Das Eigentumsrecht ist also zwar sehr verkümmert, denn von ihm bleibt lediglich der Anspruch des Eigentümers auf das rechliche Gehör, aber seine Spuren sind — ähnlich wie im badischen Ortsstraßenrecht (vergl. S. 22) – immerhin deutlich festzustellen.

Das badische Recht teilt die Gewässer in vier Klassen ein: 1. in öffentliche Gewässer, das sind alle diejenigen, welche für den öffentlichen Verkehr mit Schiffen oder gebundenen Flößen benutzbar sind (§ 1 WG.), 2. in natürliche nicht öffentliche Wasserläufe, das sind die nicht schiffbaren Flüsse und Bäche (§ 2 WG.), 3. in künstliche, nicht öffentliche Wasserläufe, wie Kanäle, Gräben, Dohlen, alle durch besondere Veranstaltungen geschaffene Leitungen (§ 3 WG.), und 4. in geschlossene Gewässer, zu denen Teiche, Weiher, Brunnen, Zisternen, Quellen und das Grundwasser gehören. (§ 4 WG.)

Die ersten stehen kraft Gesetzes im Eigentum des Staates, die zweiten im Eigentum der Gemeinden, durch welche sie fließen und soweit sie dieselben durfließen, ebenso die Gewässer der dritten Klasse, an denen Eigentums- oder Benutzungsrechte anderer nicht nachweisbar sind; die der vierten Klasse stehen im Eigentum der Grundeigentümer. Das Eigentumsrecht des Staates und der Gemeinden wird des öfteren als „öffentliches Eigentum" bezeichnet;[110] das Gesetz selbst braucht diesen Ausdruck einmal im § 40 Abs. II. Es wäre aber vollkommen irrig, hierunter ein öffentliches Eigentum im Sinne von Otto Mayer sehen zu wollen, nachdem diese Bezeichnung, die sich wiederholt im Gesetzentwurf fand, allgemein bis auf diesen Rest im § 40 in den Kammerverhandlungen mit der Begründung getilgt worden ist, daß eine Unterscheidung zwischen öffentlichem und anderem Eigentum dem bürgerlichen Rechte fremd sei, und der § 20 ausdrücklich die Gewässer den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterstellt. Diese Bezeichnung besagt nichts anderes, als daß den betreffenden Gewässern in erster Linie eine gemeinwirtschaftliche Zweckbestimmung zukommt, und die privatwirtschaftliche Herrschaftsbefugnis des Eigentümers nur insoweit ausgeübt werden soll, als nach Erfüllung jener Zweckbestimmung dafür noch Raum bleibt.[111]

Dieses Privateigentum am Wasserlauf unterliegt der öffentlichen Last des Gemeingebrauchs, dessen Befugnisse im § 12 er-

[110] Siehe z. B. bei Schenkel S. 26 und 39.

[111] Vergl. auch Schenkel S. 38 und 40.

schöpfend aufgezählt sind. Im übrigen stehen grundsätzlich dem Eigentümer des Wasserlaufs sämtliche Nutzungen zu. Eine Ausnahme bilden hier jedoch die natürlichen, nicht öffentlichen Wasserläufe, an welchen den An- und Hinterliegern für ihre häuslichen wirtschaftlichen Zwecke ein dem Gebrauchsrecht der Gemeinde vorgehendes Nutzungsrecht zusteht. (§ 16.) Letztere haben ferner kraft Gesetzes das Recht, feste Stoffe dem Flußbett zu entnehmen. Die subsidiäre Wirkung des Eigentümerrechtes an diesen Gewässern (vergl. § 18 Abs. I) erklärt sich dadurch, daß richtiger Ansicht nach vor Erlaß des badischen Wassergesetzes die natürlichen nicht öffentlichen Flüsse res nullius waren, und man den nächstliegenden Gedanken, den Anliegern das Eigentum zuzusprechen, beim Erlaß des Gesetzes aus grundbuchrechtlichen Zweckmäßigkeitserwägungen nicht verwirklicht hat.[112]) Insoweit diese Gewässer von den Anliegern oder sonstigen Berechtigten nicht benutzt werden, steht es der Gemeinde zu, die Benutzung durch Verpachtung auf andere zu übertragen, unkündbar jedoch höchstens auf die Dauer von 60 Jahren. (§ 18 WG.)

Die Einräumung dinglicher Nutzungsrechte ist für die natürlichen nicht öffentlichen Wasserläufe ausgeschlossen; ebenso für die öffentlichen Gewässer im Eigentum des Staates (§ 5). An letzteren findet eine Begründung von Sondernutzungsrechten nur in Form der auf Zeit oder Widerruf erfolgenden öffentlich-rechtlichen Genehmigung (Verleihung) statt (§§ 5, 37 und 38 WG). Die Genehmigung enthält hier nicht nur eine polizeiliche Entschließung und Erlaubnis, wodurch gemäß § 40 über die Zulässigkeit der Veranstaltung vom Gesichtspunkte der öffentlichen und nachbarlichen Interessen entschieden wird, sondern zugleich die Einräumung einer Nutzungsbefugnis seitens des Staates als Eigentümers des Gewässers, sofern dem Bewerber nicht etwa aus Zeiten früheren Rechtes selbst noch ein Privatbenutzungsrecht zustehen sollte. Der Akt der Polizeigewalt und der Ausübung des Eigentumsrechtes sind also — wie im bayrischen Recht[113]) — an den öffentlichen Gewässern des § 1 zu einer Einheit zusammengezogen, und ich möchte auch hier, sowie hinsichtlich der oben erwähnten besonderen Nutzungsrechte der Anlieger an den „natürlichen, nicht öffentlichen Wasserläufen" (§ 16), — ebenso wie im preußischen und bayrischen Recht[114]) – eine öffentlich-recht-

---

[112]) Siehe Schenkel S. 32/33.

[113]) S. oben S. 40.

[114]) Vergl. S. 33 f und S. 40.

liche Beschränkung des Eigentums annehmen.[115]) Dagegen hat die Genehmigung einer Sondernutzung an den in den §§ 2—4 behandelten Gewässern nur eine polizeiliche Bedeutung, die das Eigentums- oder Benutzungsrecht am Wasserlauf als ein kraft Gesetzes oder kraft besonderer Rechtsvorgänge gegebene, privatrechtliche Befugnis bereits voraussetzt.[116]) Die Wahrung der fiskalischen Interessen bei der Benutzung des staatlichen Eigentums an den schiffbaren Wasserläufen wird durch § 41 Abs. 2 Ziff. 1 noch besonders gesichert.

Im Gegensatz zu den bisher besprochenen Wassergesetzen erkennt das Württembergische Wassergesetz vom 1. 12. 1900 ein Privateigentum an den Wasserläufen nicht an, sondern es bestimmt im Art. 1 Abs. I, daß alle in natürlichem oder künstlichem Bett ständig fließenden Gewässer . . . öffentliche Gewässer sind. Der Begriff „öffentliche Gewässer" ist hier nicht wie im bayrischen Recht (siehe S. 39) zu verstehen, sondern besagt, daß der Erwerb des Privateigentums oder sonstiger bürgerlich-rechtlicher Befugnisse an ihnen ausgeschlossen ist.[117]) So heißt es im Art. 7 ausdrücklich, daß das Bett der öffentlichen Gewässer als eine dem öffentlichen Gebrauch dienende Sache dem Privateigentum entzogen sei. Das Gesetz, das fließende Wasserwelle und Flußbett als Einheit auffaßt, läßt also den Grund und Boden die Rechtsnatur des Wassers teilen. Nur soweit zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes ein privates Eigentumsrecht an dem Bett des öffentlichen Gewässers begründet war, wurde es durch Art. 7 Abs. II aufrecht erhalten. Alle anderen Privatrechte wurden in öffentlich-rechtliche Nutzungsrechte umgewandelt (Art. I, Abs. III). Wir haben hier also einen Fall des „öffentlichen Eigentums" vor uns.

Es ist klar, daß infolgedessen Sondernutzungsrechte nur vom Staate begründet werden können und zwar, da auch ihm ein

---

[115]) Der Unterschied zwischen dem Nutzungsrecht der Anlieger (§ 16) und der Verleihung besteht darin, daß ersteres sich nach der Definition Holsteins als einen „Typ der reinen Gesetzesnormierung" darstellt. d. h. daß die Pflichtigkeit des Eigentums, den bestimmten Zwecken zu dienen, sowohl durch das Gesetz begründet als auch umgrenzt wird, und sich ohne weiteres aus dem Gesetze ergibt, während bei der Verleihung die durch das Gesetz begründete Pflichtigkeit erst durch einen Akt der Verwaltung bestimmt wird: „Typ der sonderaktlichen Verpflichtbarkeit." (Vergl. Holstein S. 99—101.)

[116]) Vergl. Schenkel § 38 Anm. 1, S. 352 und § 41, Anm. 2, S. 385/386.

[117]) Siehe Haller Art. 1, Anm. 6, S. 6.

Privateigentum nicht zusteht,[118]) lediglich als Ausfluß seiner Hoheitsgewalt im Wege des Verwaltungsaktes. So bestimmt denn auch Art. 31 Abs. I: „Ein Recht zu Nutzungen an öffentlichen Gewässern kann nur durch Verleihung begründet werden". [119])

Bei Sondernutzungen von geringerer Bedeutung, wie z. B. bei der Entnahme von Kies und Sand (Art. 18) der Einleitung übelriechender und schädlicher Flüssigkeiten (Art. 23), der Herstellung einfacher Bad- und Waschvorrichtungen (Art. 17), ist ein so bedeutsames Verfahren, wie es die Verleihung darstellt, nicht erforderlich, sondern da genügt eine Erlaubnis der Polizeibehörde. Wir haben es hier mit einer Gebrauchserlaubnis im technischen Sinne zu tun, im Gegensatz zu jenen Sonderfällen einer Polizeierlaubnis, in denen ein an sich schon vorhandenes Recht lediglich von gewissen öffentlich-rechtlichen Beschränkungen befreit wird. [120])

Fiskalische Interessen berücksichtigt das Gesetz generell im Art. 120 und für die Entnahme von Materialien oder Pflanzen aus öffentlichen Gewässern besonders im Art. 21. Es handelt sich dabei natürlich, entsprechend der gesamten öffentlich-rechtlichen Behandlung der Wasserläufe, nicht um ein privatrechtliches Entgelt, sondern um eine Verwaltungsgebühr. Im Art. 21 Abs. II, in dem die Gemeinde ermächtigt wird, die Gewinnung der im Art. 18 bezeichneten Materialien unter Ausschluß des Gemeingebrauchs für eigene Rechnung zu verpachten, haben wir einen Fall der Uebernahme des zivilrechtlichen Pachtvertrages ins öffentliche Recht vor uns, eine Erscheinung, die sich vielleicht mit der früher üblichen Steuerverpachtung vergleichen läßt.

Für eine privatrechtliche Auffassung ist also im württembergischen Wasserrecht, — wenn wir von der pietätvollen Respektierung der überkommenen wohlerworbenen Rechte im Art. 7 Abs. II absehen — kein Raum mehr. Die Benutzung der Wasserläufe untersteht ganz und gar dem öffentlichen Recht und wird,

---

[118]) Vergl. Nieder S. 106.

[119]) Neben der Verleihung des Nutzungsrechtes ist zur Herstellung und Aenderung der Benutzungsanlage eine polizeiliche Genehmigung erforderlich, bei welcher zu prüfen ist, ob die beabsichtigte Ausübungsweise sich in den Grenzen des erworbenen Rechtes hält, und ob bei derselben alle in Betracht kommenden öffentlichen Interessen gewahrt werden. Verleihung und Genehmigung sind zwei durchaus verschiedene Rechtsakte, obwohl sie von derselben Behörde (der Kreisregierung) erlassen werden. (Vergl. Goez S. 412.)

[120]) Letzteres ist z. B. im preuß. Wasserrecht §§ 20, 22, 23 dem Eigentümer gegenüber der Fall.

soweit sie über den Gemeingebrauch hinausgeht, dem einzelnen nur durch staatlichen Hoheitsakt gestattet.

Ganz unter dem Einfluß des französischen Rechts und der Anschauung vom domaine public steht seiner geschichtlichen Entwicklung nach das Wasserrecht Elsaß-Lothringens. Alle schiffbaren Wasserläufe gehören dem Staate als Gemeingut („dépendances du domaine public"). Eine Sondernutzung an ihnen bedarf der staatlichen Genehmigung. Zwar bestimmt der Abs. III des § 1 des Gesetzes betr. Wasserbenutzung und Wasserschutz in Elsaß-Lothringen vom 2. Juli 1891, daß die Genehmigung unter Vorbehalt der Rechte Dritter erfolge. Diese Vorschrift hat jedoch nur für die dem Privatrechte der Anlieger unterworfenen, nicht schiffbaren Wasserläufe Bedeutung. Nach Huber (S. 208/209) schließt die Genehmigung außer der polizeilichen Genehmigung noch die Erlaubnis zur Benutzung des Staatseigentums in sich. Diese Auffassung entspricht durchaus der Idee des „öffentlichen Eigentums" des Staates an diesen Wasserläufen.

# III. Abschnitt.

## Versuch einer systematischen Behandlung des Problems.

### § 5.

### Der Widmungsakt sowie sein Verhältnis zur Inanspruchnahme des § 56 ZuständigKeitsgesetzes.

Der Ueberblick über die einschlägigen Gesetze hat ein klares und ein einheitliches Ergebnis nicht zur Folge. Vielmehr müssen wir feststellen, daß das Eigentumsrecht an den Sachen des Gemeingebrauchs in der Gesetzgebung nur unvollkommen behandelt und die Stellung des Privateigentümers nur sehr lückenhaft geregelt worden ist. Vielfach bleibt man auf Vermutungen, Annahmen und Schlußfolgerungen angewiesen. Die neueren Wassergesetze, welche sich teilweise wenigstens mit der Frage des Eigentums an den Wasserläufen eingehender befassen, weichen wiederum sehr von einander ab. Immerhin aber geben die bestehenden Gesetze manchen wertvollen Anhalt. Zunächst können wir feststellen, daß von ganz vereinzelten Ausnahmen abgesehen, ein Privateigentum an den Sachen des Gemeingebrauchs durch die Gesetzgebung allgemein anerkannt wird,[121]) und daß in ihr als herrschende Maxime gilt, die Macht des Eigentümers nur dort und nur soweit über die Duldung des Gemeingebrauchs hinaus zugunsten von Sondernutzungen zurückzudrängen, als es sich um öffentliche Interessen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Wesen und Zweck der betreffenden öffentlichen Sache handelt.[122]) Zu jeder solchen Sondernutzung der öffentlichen Sache bedarf es dann einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung, welche zumeist ein geregeltes Verfahren vorschreibt, in welchem für ein konkretes Unternehmen bestimmte Sonderrechte begründet werden.[123]) In allen

---

[121]) Bühler, der selbst Anhänger der öffentlichen Eigentumstheorie ist, gesteht im Verwaltungsarchiv Bd. 27, S. 229: „Aber in Bestimmungen, wie z. B. der des § 8 Abs. V des pr. Wasserges. . . . hat die privatrechtliche Auffassung des Gesetzgebers vom Eigentum am Wasserlauf doch unzweideutigen Ausdruck gefunden."

[122]) S. z. B. S. 19 ff. und S. 66 Anm. 198.

[123]) Vergl. z. B. Telegraphen-Wegeges. S. 16 f. und die wasserrechtlichen Verleihungen.

anderen Fällen tritt aber das Recht des Privateigentümers gebieterisch in die Schranken.

Es ist also nicht ganz richtig, wenn Kormann[124]) sagt, daß wir uns in den Fragen der Sondernutzung auf völlig gesetzesfreiem Gebiete bewegten. Wohl sind die Gesetzesbestimmungen unzureichend, oft unklar und nicht einheitlich, so daß die großen Meinungsverschiedenheiten in der Literatur wohl erklärlich sind. Falsch aber wäre es, sie nicht zu beachten, und durch generalisierende Deduktionen einer abstrakten Theorie die Verschiedenheiten zu verwischen;[125]) vielmehr müssen sie durch theoretische Untersuchungen ergänzt und gedanklich verbunden werden.

Um die Stellung und Bedeutung des Privateigentümers einer öffentliche Sache zu erkennen, ist es notwendig, den Werdegang des Objektes, insbesondere seine Bestimmung für den Gemeingebrauch, den Uebergabeakt an den öffentlichen Dienst, näher zu betrachten. Abgesehen von den natürlichen Wasserläufen haben alle Sachen des Gemeingebrauchs zunächst einmal im Privateigentum irgendeines Subjekts des privaten oder öffentlichen Rechtes gestanden, das mit der ganzen Freiheit und Machtfülle, die das bürgerliche Recht dem Eigentümer einräumt, über die Sache bestimmen und verfügen konnte. Auch wenn der Staat, oder ein Kommunalverband Grundstücke erwarb, um einen Schiffahrtskanal oder eine Landstraße herzustellen, erlangten sie lediglich ein privates Eigentumsrecht an dem Grund und Boden. Dadurch daß dieser nun in den für den gedachten Zweck erforderlichen tatsächlichen Zustand versetzt wird, ändert sich die Art und der Umfang des privaten Eigentumsrechtes der öffentlichen Körperschaft keineswegs. Jeder Private kann mit seinem Grund und Boden dasselbe tun; denken wir z. B. daran, daß ein Gutsbesitzer seine verstreut liegenden Wirtschaftsgebäude durch einen gepflasterten Weg verbindet. Wir haben dann ein privates Grundstück vor uns, das äußerlich zwar einem öffentlichen Wege durchaus gleicht, dennoch aber kein öffentlicher Weg ist, weil die Benutzung desselben nur dem Eigentümer zusteht. Seine Bestimmung ist es eben, den privaten Interessen des Eigentümers zu dienen. Ausschließlich durch seine Zweckbestimmung, dem öffentlichen Verkehr zu dienen, unterscheidet sich der Privatweg vom öffent-

---

[124]) In Fischers Zeitschr. Bd. 43, S. 90.

[125]) Dies gilt auch bezgl. der Theorie vom öffentlichen Eigentum bei Otto Mayer. (Vergl. auch S. 46 Anm. 121.)

lichen.[126]) Daraus ergibt sich, daß die Bestimmung eines Grundstücks zum öffentlichen Wege in das Gebiet des öffentlichen Rechts gehört und nicht von der Willkür und Laune einer Privatperson abhängig sein darf.[127]) Durch die Ueberlassung eines Privatgrundstücks zum allgemeinen Verkehrsgebrauch seitens des Privateigentümers kann rechtlich nie ein öffentlicher Weg werden.[128]) Der öffentliche Akt durch den ein Grundstück oder eine sonstige Sache für den allgemeinen Gebrauch bestimmt wird, ist die „Widmung". Diese ist überall dort erforderlich, wo nicht die Natur selbst die Sache zu einer „Sache des Gemeingebrauchs" gemacht hat,[129]) was z. B. von den natürlichen Wasserläufen[130]) und den Gletschern der Gebirge gilt.

Die Rechtsnatur der Widmung als eines Verwaltungsaktes ist überall in der Literatur anerkannt,[131]) mit Ausnahme von Otto Mayer[132]), der in ihr lediglich den ins Werk gesetzten Willen des Staates, der Gemeinde usw. sieht, von nun an den bestimmten öffentlichen Zweck durch die betreffende Sache zu erfüllen.[133]) Die abweichende Ansicht Otto Mayers beruht auf seiner De-

---

[126]) S. Germershausen, Bd. I, S. 4.

[127]) § 2 der Wegeordnung für Ostpreußen definiert daher: „Oeffentliche Wege sind solche Wege, die mit öffentlich-rechtlicher Wirksamkeit für den allgemeinen Verkehr bestimmt sind."

[128]) Vergl. Germershausen, Bd. I, S. 677; Walz S. 246; Flad S. 44 und 182; Fleiner S. 320, Anm. 8.

[129]) S. Fleiner § 20, II, 1 S. 328.

[130]) Nicht richtig dürfte die Ansicht von Hatschek (§ 58, I, S. 443) sein, der die Indienststellung der Wasserläufe erster Ordnung darin erblickt, daß sie in das besondere Verzeichnis, welches als Anlage dem preußischen Wassergesetz beigefügt ist, aufgenommen werden. Wäre das richtig, so fehlt jede Erklärung dafür, durch welchen Akt die Wasserläufe dritter Ordnung dem Gemeingebrauch gewidmet werden. Die Aufstellung der Verzeichnisse hat nur den Zweck, zu bestimmen, welche Rechtsnormen für den einzelnen Wasserlauf in Frage kommen. Seine Eigenschaft als öffentliche Sache aber wird dadurch nicht erst begründet. (Vergl. auch für das bad. Wasserrecht Schenkel S. 27.)

[131]) Siehe Eisele S. 35; Hirsekorn S. 62; Kormann, Staatsakte S. 110; Fleiner S. 328/29; Schmidt, in Fischers Zeitschrift Bd. 47, S. 14; Lassar S. 74; Herrnritt S. 275.

[132]) Bd. II, S. 58. Ihm folgt H. Schelcher in Fischers Zeitschr. Bd. 31, S. 73 und Schmidt (Grimma) Grundbegriffe des Wegerechts, in Fischers Zeitschrift Bd. 47, S. 28/29.

[133]) Den unglücklichen Vergleich mit der handelsrechtlichen Geschäftseröffnung (2. Aufl., S. 110) gibt Otto Mayer in seiner letzten (3.) Aufl.) selbst auf. (S. Bd. II, § 36, I, 1, S. 58.)

finition des Verwaltungsaktes, den er auffaßt, als „einen der Verwaltung zugehörigen obrigkeitlichen Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfalle bestimmt, was für ihn rechtens sein soll.“ [134]) Durch die enge Anlehnung an den wichtigsten Akt der Rechtspflege, das Urteil, [135]) sieht Otto Mayer nur Verwaltungsakte, welche unmittelbare personenrechtliche Wirkungen auslösen. Die Widmung aber ist „eine sachenrechtliche Verfügung; sie ergreift unmittelbar die öffentliche Sache und hat nur mittelbar personenrechtliche Wirkungen im Gefolge.“ [136]) Mit Recht hat Kormann in seiner Systematik der Verwaltungsakte unter letztere auch die sachenrechtlichen Verfügungen aufgenommen. [137])

Die Einseitigkeit der Otto Mayer'schen Begriffsbildung zeigt sich namentlich dann, wenn die dem Gemeingebrauch zu widmende Sache im Eigentum einer Privatperson steht. Hier ist wohl zweifellos das Bedürfnis vorhanden, die Widmung als Verwaltungsakt aufzufassen. Wenn wir bei Otto Mayer davon nichts hören, so erklärt sich das daraus, daß er Fälle dieser Art — weil angeblich anormal (siehe Bd. II S. 59, Anm. 3) — außer Betracht läßt. Im übrigen kommt er der Ansicht Kormanns von dem Wesen der Widmung außerordentlich nahe. Er sagt selbst, die Widmung bestehe in dem irgendwie zu Tage tretenden Willen des Herrn der öffentlichen Verwaltung. [138]) Jede Willenserklärung einer obrigkeitlichen Verbandspersönlichkeit aber, die nicht Rechtssetzung ist, faßt Kormann zutreffenderweise unter den Begriff der rechtsgeschäftlichen Verwaltungsakte. [139]) Letztere zerfallen wieder in zahlreiche Unterabteilungen. Die Widmung ist ein sachenrechtlich rechtsschaffender Verwaltungsakt. Durch sie wird unmittelbar die Sache ergriffen und ein Rechtsverhältnis zwischen der Polizeibehörde und der Sache geschaffen. [140]) Die Berechti-

[134]) Auch den Einwand, daß es stillschweigende Verwaltungsakte nicht gebe, erhebt Otto Mayer nicht mehr. (Vergl. 2. Aufl., S. 110, Anm. 4 und 3. Aufl. S. 58); Germershausen gegen den er sich in der 2. Aufl. richtet, meint natürlich (Bd. I, S. 4), daß konkludente Handlungen genügen, was auch allgemein anerkannt wird. (Vergl. Hatschek § 57, I, S. 435 und OVG. in DJZ. 1911, S. 1222.)

[135]) Vergl. O. Mayer, Bd. I, § 5, II und § 9, S. 93.

[136]) Kormann, Staatsakte S. 110.

[137]) Kormann, Staatsakte S. 110 ff.

[138]) Otto Mayer, Bd. II, S. 58.

[139]) Kormann, Staatsakte, S. 20/21.

[140]) Daher wird sie vielfach auch unter die Rubrik der „konstitutiven Verwaltungsakte“ gezählt; so z. B. von Herrnritt S. 273 ff.; Kormann faßt jedoch den Begriff der konstitutiven Verwaltungsakte enger und schränkt

gungen und Verpflichtungen von Personen z. B. des Wegebaupflichtigen und des Publikums, sind nur Folgerungen aus den an der Sache selbst vorgenommenen rechtlichen Veränderungen. Im einzelnen muß auf Kormann verwiesen werden,[141]) denn ein näheres Eingehen auf den Begriff des Verwaltungsaktes ist im Rahmen dieser Abhandlung nicht möglich. Es würde dies das Thema einer besonderen Arbeit abgeben können, da es sich hier um einen der umstrittensten Begriffe der Rechtswissenschaft handelt.[142])

Die Widmung ist also zu definieren als sachenrechtlich rechtsschaffender Verwaltungsakt, durch den die Sache dem öffentlichen Verwaltungszweck des Gemeingebrauchs übergeben wird.

Von der Widmung ist für das Gebiet des preußischen Wegerechts scharf zu scheiden die Inanspruchnahmeverfügung, da ihr Name in hohem Maße irreführend ist. Es wäre verfehlt zu glauben, daß eine Inanspruchnahmeverfügung da in Frage käme, wo ein Grundstück ohne die Einwilligung des wirklich oder angeblich Verfügungsberechtigten dem öffentlichen Verkehr gewidmet werden soll. Niemals kann die Schaffung eines neuen öffentlichen Weges durch eine Inanspruchnahmeverfügung erfolgen. Vielmehr setzt diese die Oeffentlichkeit des Weges bereits voraus.[143]) Sie dient nur dazu, Störungen des öffentlichen Verkehrs durch Dritte, welche zu Recht oder zu Unrecht glauben, ein den allgemeinen Verkehr hinderndes Privatrecht an dem Wege zu haben, zu beseitigen. Wir können daher definieren: Eine Inanspruchnahmeverfügung liegt dann vor, wenn die Polizeibehörde einen von ihr als öffentlich behaupteten und in ihrem „Polizeibesitz" befindlichen Weg schützt gegen Eingriffe Dritter, die den öffentlichen Verkehr hindern oder beeinträchtigen, wenn diese Eingriffe auf Grund wirklicher oder angeblicher Privatrechte erfolgen.

Gegen die Inanspruchnahmeverfügung findet der Einspruch und gegen den daraufhin von der Wegepolizeibehörde ergehenden Beschluß die Klage im Verwaltungsstreitverfahren statt. In diesem Verfahren wird zwar, wenn die Frage streitig ist, gemäß § 56 Abs. IV Zust. Ges. auch darüber entschieden, ob der Weg ein

---

ihn ein auf Verfügungen zur Schaffung von Erlaubnissen, Rechten und Fähigkeiten. Diese ganze Frage ist jedoch für uns ohne besondere Bedeutung.

[141]) Vergl. Kormann, Staatsakte S. 82, 104 und 109 ff.

[142]) Siehe Herrnritt, S. 269. Anm. 11.

[143]) Siehe Friedrichs, Zuständigkeitsgesetz § 56 Anm. 4; OVG. Bd. 10, S. 213; Bd. 20, S. 217.

öffentlicher ist oder nicht. Diese Entscheidung ist aber nur eine Inzidentfeststellung, d. h. sie ist keiner über den einzelnen Fall hinausgehenden Rechtskraft fähig und sie hat, worauf es uns besonders ankommt, nur eine deklarative Bedeutung. Während also die Widmung einen sachenrechtlich rechtsschaffenden Charakter trägt, ist die Inanspruchnahmeverfügung durchaus deklaratorischer und defensiver Natur, indem sie vornehmlich dazu dient, den Bestand des Wegenetzes zu erhalten.[144])

Die Wirkungen der Inanspruchnahmeverfügung sind zweifacher Art: Erstens ist fortan jeder Widerstand gegen die wegepolizeilichen Anordnungen, jede Behinderung des öffentlichen Verkehrs rechtswidrig; zweitens ist mit dem Erlaß der Verfügung der ordentliche Rechtsweg über etwaige den öffentlichen Verkehr ausschließende oder beeinträchtigende Privatrechte an dem Wegekörper zugunsten des Verwaltungsstreitverfahrens nach § 56 Zust. Ges. ausgeschlossen.

Die Bedeutung des ersten Punktes liegt hauptsächlich darin, daß durch die Inanspruchnahmeverfügung die Polizeibehörde die Tatsache ihres Besitzes der öffentlichen Sache autoritativ feststellt, bezw. den Besitz wiederherstellt, wenn derselbe durch den Eingriff des Privaten vorübergehend verloren gegangen war.[145]) Die Polizeiverwaltung bedarf daher niemals einer Besitzklage. Sie hat dauernd die melior causa possidentis für sich. Ihr Gegner, der freies Eigentum behauptende Privateigentümer, ist immer der geborene Kläger, als der nicht besitzende Eigentümer, der er sein will.[146])

Was sodann den zweiten Punkt betrifft, so wäre für einen solchen Rechtsstreit um den ungestörten Genuß des Eigentumsrechts an sich der ordentliche Rechtsweg gegeben; denn grundsätzlich ist von der allgemeinen Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auszugehen.[147]) Hier nun äußert sich die zweite Wirkung

---

[144]) Bei dieser grundsätzlichen Verschiedenheit beider Akte ist es auch, wie noch aus einer der neueren Entscheidungen des OVG. hervorgeht, unmöglich, daß die Widmung und die Inanspruchnahmeverfügung seitens der Polizei uno actu erfolgen. (O V G. im Pr. Verw. Bl. 1926/27, Bd. 48, S. 33.)

[145]) Unter Besitz ist hier natürlich der Polizeibesitz gemeint, die Ausdehnung der polizeilichen Macht auf ein bestimmtes Gebiet. (Siehe Otto Mayer, Bd. II, S. 69.)

[146]) Vergl. Otto Mayer, Bd. II, S. 68.

[147]) Wenn beispielsweise in einem Privathause gegen den Willen des Eigentümers ein Finanzamt oder ein Amtsgericht eingerichtet würde, so

der Inanspruchnahmeverfügung: Sie zieht auf Grund der besonderen Bestimmung des § 56 Zust. Ges. den Rechtsstreit vor die Verwaltungsgerichte,[148]) die dann ihrerseits darüber entscheiden, ob die Inanspruchnahmeverfügung berechtigt war, was in den meisten Fällen auf die Frage hinauskommt, ob eine gültige Widmung vorgelegen hat oder nicht.

---

müßte der Eigentümer auf Freigabe seines Eigentums vor den ordentlichen Gerichten klagen. Vergl. auch RG. Bd. 49, S. 321.

[148]) Das Gegenstück zu diesem Vorgang finden wir bei den vermögensrechtlichen Ansprüchen der Beamten, für welche kraft positiver Gesetzesvorschrift der ordentliche Rechtsweg gegeben ist.

## § 6.

### Die Bedeutung der Zustimmungserklärung des Eigentümers der öffentlichen Sache für den Widmungsakt.

Nach der in Preußen herrschenden und vom Oberverwaltungsgericht ausgebildeten Lehre kommt die Widmung durch das Zusammenwirken von Polizei, Eigentümer und demjenigen, der die betr. Sache zu unterhalten hat — für unser Hauptgebiet, das Wegerecht, also des Wegebaupflichtigen — zustande. Eine Mitwirkung des Eigentümers kommt immer dann in Frage, wenn die Polizei nicht die privatrechtliche Verfügungsgewalt über die dem Gemeingebrauch zu widmende Sache besitzt; denn wie bereits S. 6 erwähnt worden ist, stellt die Widmung sich als eine sachenrechtliche Verfügung über das Objekt dar.[149])

Die Mitwirkung jedes der drei Beteiligten ist nach der Ansicht des OVG. wesentlicher Besandteil des Widmungsaktes. Die Ausdrucksweise in den Entscheidungen des OVG. ist zwar nicht einheitlich, indem es nämlich einmal, (Bd. 58 S. 326) von dem übereinstimmenden Willen der Rechtsbeteiligten, dann (Bd. 31 S. 211) von der Widmung seitens des Wegebaupflichtigen oder (Bd. 17, S. 321) seitens des Eigentümers unter Zustimmung der übrigen Beteiligten spricht. Jedoch läßt ein Einblick in die gesamte Rechtsprechung des OVG. mit Sicherheit erkennen, daß es einen öffentlichen Weg so lange als nicht vorhanden erachtet, als nicht der dahin zielende Willensakt aller drei Beteiligten zum mindesten aus konkludenten Handlungen ersichtlich ist. Keiner dieser drei Faktoren genießt einen Vorzug vor den anderen. Der einheitliche Widmungsakt setzt sich aus drei Komponenten zusammen; fehlt eine davon, so existiert er überhaupt noch nicht. Diese Ansicht fand erst in letzter Zeit vereinzelten Widerspruch.[150])

Es erscheint immerhin außergewöhnlich, wenn nicht gar unmöglich, daß ein privates Rechtssubjekt aktiv und konstitutiv bei einem einseitigen Verwaltungsakt mitwirkt. Begrifflich kann ein einseitiger Verwaltungsakt nur von einer Verwaltungsbehörde und zwar nur in obrigkeitlicher Funktion ausgehen.[151]) Eine Mit-

---

[149]) Vergl. auch S. 54.

[150]) Siehe Anm. 156 auf S. 55.

[151]) Deshalb ist die Ansicht zu verwerfen, die den Privateigentümer des Grund und Bodens als den Widmenden ansieht. Auch wenn dieser

wirkung Privater kann nur als Vorbedingung oder Vorbereitungshandlung in Frage kommen. So ist es auch hier. Die Polizei hat die Sorge für den allgemeinen Verkehr. Sie darf aber bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nicht ohne besondere Ermächtigung in das verfassungsmäßig garantierte Eigentumsrecht der Staatsbürger eingreifen (Art. 153 RV.). Diese Ermächtigung kann ihr durch Gesetz oder durch Vertrag mit dem Berechtigten erteilt werden. Sie ist die Rechtsgrundlage des polizeilichen Handelns, jedoch so, daß die Handlung zu ihrer Rechtsgrundlage höchstens in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, keineswegs aber mit ihr eine untrennbare Einheit bildet.[152])

Auch die Mitwirkung des Wegebaupflichtigen ist nicht „Tatbestandsmerkmal" der Widmung. Die staatsrechtlichen Grundsätze des Etats ergeben, „daß die Verwaltung nur solche Wege anlegen kann, für welche die Baupflicht eines Dritten rechtlich gesichert ist. Hieraus folgt aber nicht schlechthin, daß der Wegebaupflichtige an der Entstehung eines öffentlichen Weges beteiligt ist. Es ist zu unterscheiden, ob der anzulegende Weg im öffentlichen Interesse erforderlich ist, oder ob er nicht erforderlich ist."[153]) Im ersten Falle ist seine Beteiligung gesetzliche Folgeerscheinung des polizeilichen Aktes. Denn die Polizei beschließt nach eigenem Ermessen über die Anlegung neuer Wege (§ 55 des

---

eine Person des öffentlichen Rechtes ist, so kann er keineswegs auf Grund seines Privatrechts die Widmung vornehmen. Hawelka (S. 13) weist noch besonders auf die Folgerung hin, daß die Gemeinde durch die Verfügung eines Grundbesitzers über sein Eigentum in die Lage kommen könnte, ohne, ja gegen ihren Willen bedeutende Lasten auf sich zu nehmen, wenn man den Willensakt des Eigentümers als Widmung im technischen Sinne auffassen würde.

[152]) Es sei in diesem Zusammenhang auf eine Parallelerscheinung des Beamtenrechts hingewiesen. Die Beamtenernennung ist ebenso wie die Widmung ein einseitiger Verwaltungsakt, kein Vertrag; jedoch kann vor der Anstellung eine vertragsmäßige Einigung über bestimmte Punkte, z. B. Gehalt, Anspruch auf freie Dienstwohnung oder dergleichen zwischen dem zu Berufenden und dem Staat erfolgen. (S. RG. Bd. 81, S. 385; JW. 1913, S. 108.) Diese Einigung hat aber für die Begründung des Beamtenverhältnisses nur einen vorbereitenden Charakter und bildet keinen Bestandteil der Ernennung. (Vergl. Zorn Bd. I, S. 307; Brandt, S. 54/55.) Der wesentliche Unterschied zwischen Widmung und Beamtenernennung besteht nur darin, daß erstere eine sachenrechtlich- und letztere eine personenrechtlich-rechtsschaffende Verfügung ist. (Vergl. Kormann, Staatsakte, S. 104 ff. insbesondere S. 105 und 110.)

[153]) Lassar S. 79.

Zust. Ges.), und ihre diesbezügliche Willensäußerung läßt die dem Wegebaupflichtigen vom Gesetz auferlegte Erfüllungpflicht zur Entstehung gelangen.[154]) Ist dagegen die Anlegung eines öffentlichen Weges nicht im öffentlichen Interesse erforderlich, so besteht keine Verpflichtung für den Träger der allgemeinen Wegebaupflicht. „Die Verwaltung darf aber nur insoweit tätig werden, als eine rechtliche Grundlage für die Deckung der durch ihre Tätigkeit entstehenden Kosten besteht."[155]) Die Zustimmung des Wegebaupflichtigen ist in diesem Fall „finanzrechtliche — nicht wegerechtliche — Voraussetzung des polizeilichen Aktes". Eine Mitwirkung des Wegebaupflichtigen bei der Widmung selbst findet in keinem Falle statt.

Der Willensakt der Wegepolizei allein ist also das Wesen, gewissermaßen die Seele der Widmung. Insbesondere auch nach preußischem Recht ist der Polizeibehörde, und ihr allein, vom Gesetz (§ 55 Abs. 1 des Zust. Ges.) aufgetragen, dafür Sorge zu tragen, daß den Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs in Bezug auf das Wegewesen Genüge geschieht. Dazu gehört nicht nur die Obhut über die bereits vorhandenen Wege, sondern auch die Indienststellung neuen Areals entsprechend den Erfordernissen des Verkehrs. Erst in dem Augenblicke, da die zuständige Wegepolizeibehörde den Gemeingebrauch eröffnet, wird das Wegeareal rechtlich zur öffentlichen Straße.[156]) [157])

Wir haben uns nun die Frage vorzulegen, welche Bedeutung die Zustimmung des Eigentümers für den Widmungsakt selbst hat. Es ist selbstverständlich, daß vom Standpunkt des preußischen Oberverwaltungsgerichtes aus, das Fehlen der Eigentümerzustimmung, als eines wesentlichen Bestandteiles, den ganzen Widmungs-

---

[154]) Vergl. Lassar S. 80: „Die Anlegung des Weges ist präjudiziell für den Verwaltungsakt, der die Erfüllungspflicht des Wegebaupflichtigen begründet".

[155]) Lassar S. 78.

[156]) Diese Ansicht über die Widmung wird vertreten, von Hawelka S. 14/15; Fleiner S. 329 und 342; Guba S. 9 ff; Schmidt (Grimma) in Fisch. Zeitschrift Bd. 47, S. 19 ff. und Lassar S. 73 ff. Die Angriffe von Schultzenstein (im Verw. Arch. Bd. 28, S. 169 ff.) gegen die Widmungstheorie betreffen nicht die hier erörterte Frage ihrer rechtlichen Konstruktion, sondern richten sich gegen ihre Existenz an sich, indem er überhaupt die Auffassung bekämpft, daß die Oeffentlichkeit eines Weges sich auf einen Widmungsakt gründe.

[157]) Wir sehen hier, daß die Polizeigewalt sich nicht erschöpft im Erlaß von Befehlen an die Untertanen, sondern auch sachliche Aufgaben zu erfüllen hat.

akt ungültig macht, oder besser gesagt, nicht zur Entstehung kommen läßt.[158]) Aber auch die Autoren, welche nicht der Auffassung des preußischen Oberverwaltungsgerichtes folgen, halten alle die Widmung ohne die erforderliche Genehmigung des Grundstückseigentümers für „ungültig"; sie ist ihnen die „Voraussetzung der Rechtsgültigkeit des Verwaltungsaktes".[159])

Mit Kormann[160]) müssen wir die Unklarheit der Begriffe und die unterschiedslose Verwendung der Bezeichnungen „ungültig", „unwirksam", „nichtig", „mangelhaft", „anfechtbar" etc. bedauern. Während Hawelka, Guba und Fleiner in Anlehnung an die Terminologie von Otto Mayer unter Ungültigkeit — im Gegensatz zur Nichtigkeit — nur einen Grund zur Unwirksamkeitserklärung, nicht aber die Unwirksamkeit selbst verstehen, brauchen Lassar[161]) und Schmidt (Grimma)[162]) das Wort „ungültig" im obenbezeichneten Sinne von nichtig. Im folgenden werden wir nur die Terminologie Kormanns[163]) anwenden, die als Unterbegriffe hauptsächlich „Nichtigkeit" und „Anfechtbarkeit" verwendet. Der ohne die erforderliche Zustimmung des Privateigentümers ergangene Widmungsakt wird also von Lassar und Schmidt[164]) eo ipso für nichtig gehalten. Auf demselben Standpunkt stehen der Bayrische Verwaltungsgerichtshof[165]) und das Bayrische Oberlandesgericht[166]) sowie das rheinisch-französische Recht.[167])

Die Widmung ist, wie oben bereits ausgeführt, eine Verfügung über die betreffende Sache. Ein Verwaltungsakt nun, der ohne rechtliche Ermächtigung in die gesetzlich geschützten Rechte (s. § 903 BGB. und Art. 153 RV.) eingreift, ist unrechtmäßig, gesetzwidrig. Deshalb aber braucht er nicht von vornherein ohne Wirkung, d. h. nichtig zu sein.

---

[158]) Siehe Germershausen Bd. I, S. 10.

[159]) Vergl. z. B. Hawelka, S. 15; Schmidt (Grimma) a. a. O. S. 19/20; Lassar, S. 77.

[160]) Staatsakte S. 204.

[161]) S. 77.

[162]) In Fischers Zeitschr. Bd. 47, S. 19/20.

[163]) Staatsakte S. 204 ff..

[164]) A. a. O.

[165]) Entsch. d. Bayr. VGH. Bd. 18, S. 325 und Bd. 22, S. 85 (zit. nach Fleiner, S. 362, Anm. 6) und Soergel, Bd. I, S. 475.

[166]) S. Soergel Bd. I, S. 96, Nr. 11 und Bd. II, S. 109, Nr. 5.

[167]) Vergl. v. Eschstruth S. 102; Germershausen Bd. I, S. 11 und Fleiner S. 342.

Die Fälle der Nichtigkeit von Verwaltungsakten sind von Fleiner[168]) und in besonders ausführlicher Weise von Kormann[169]) zusammengestellt worden. Der Widmungsakt ohne Eigentümerzustimmung fällt nicht darunter; denn diese ist, wie oben dargelegt, kein wesentliches Element desselben. Der Widmungsakt selbst, für sich genommen, ist völlig in Ordnung. Er ist ergangen von der — allein — zuständigen Polizeibehörde, ist frei von Form-, Inhalts- und Willensmängeln und auf ein durchaus mögliches Ziel gerichtet. Ihm fehlt nur die Grundlage. Wird diese nachträglich geschaffen, indem beispielsweise nach anfänglichem Sträuben der Privateigentümer doch noch seine Genehmigung erteilt,[170]) so bleibt er wirksam, was unmöglich wäre, wenn wir es mit einer Totgeburt zu tun hätten.

Hatschek betont bei der Frage nach der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit eines Verwaltungsaktes mit gutem Grund den Gesichtspunkt des öffentlichen Vertrauensschutzes. Nur wenn der Verwaltungsakt das Kennzeichen seiner Fehlerhaftigkeit gewissermaßen auf der Stirn trägt, der Staatsbürger also selbst den Mißbrauch der Staatsgewalt bei dem Zustandekommen des Verwaltungsaktes ohne Schwierigkeit erkennen konnte, ist er nichtig; dann besteht kein Interesse an seiner vorläufigen Geltung.[171]) Dies aber trifft auf unseren Fall keineswegs zu. Die Auseinandersetzung mit dem Privatberechtigten ist lediglich ein Internum der Verwaltung.

Wir haben es also im Gegensatz zu der Ansicht von Lassar und Schmidt mit einem anfechtbaren Verwaltungsakt zu tun, der solange Geltung hat, als er nicht auf Grund einer Anfechtung aus der Welt geschafft ist.[172])

Wie hat sich nun der Privateigentümer zu verhalten, wenn ohne oder sogar gegen seinen Willen die Wegepolizei sein Grundeigentum für öffentlich erklärt oder zu einem öffentlichen Wege zieht? Welche Rechtsbehelfe stehen ihm zur Verfügung? Es sind da folgende Möglichkeiten zu unterscheiden:

I. Bei dem Bau einer Straße, also vor ihrer Widmung, ent-

---

[168]) Institutionen S. 194/195.

[169]) Staatsakte § 25 ff.

[170]) Eine solche kann auch in der langjährigen Duldung des Zustandes seitens des Eigentümers gefunden werden. (Vergl. OVG im Pr. Verw.-Bl. Bd. 12, S. 87.)

[171]) Vergl. Hatschek S. 95/96.

[172]) Siehe Fleiner S. 197.

steht ein Streit zwischen dem Wegebaupflichtigen und einem Dritten über das Eigentum an dem Grund und Boden.

II. Ein Grundstück ist zu einem öffentlichen Wege gewidmet worden. Der Privateigentümer ist aus irgend einem Grunde nicht um seine Zustimmung gefragt worden, beispielsweise weil man glaubte, der Grund und Boden stünde im Eigentum der Gemeinde, oder ein Dritter gleichen Namens, der in Wirklichkeit nicht Eigentümer war, hat seine Zustimmung zur Widmung gegeben. Später meldet sich der wahre Berechtigte, der die Freiheit seines Eigentums von der öffentlichen Last des Gemeingebrauchs geltend macht. Hier sind mehrere Unterfälle denkbar:

a) Das Eigentumsrecht des wirklich Berechtigten wird von den übrigen Beteiligten nicht bestritten.

b) Das Recht des sich später meldenden angeblichen Eigentümers wird vom Wegebaupflichtigen und von der Polizei in Abrede gestellt.

c) Variante: Es handelt sich nicht um den Eigentümer des Grund und Bodens, sondern um einen sonstigen dinglich Berechtigten, z. B. um einen Servitutsberechtigten, dessen Recht durch den Gemeingebrauch behindert würde.

III. Ein Grundstück, das unstreitig ein Privatgrundstück ist, oder ein Weg, der unstreitig ein Privatweg ist, soll zu einem öffentlichen Wege erklärt werden, ohne daß vorher die Zustimmung des Eigentümers eingeholt oder ein Enteignungsverfahren durchgeführt werden soll.

Zu den einzelnen Punkten ist folgendes zu sagen:

I. Im ersten Falle ist es ganz klar, daß der Streit der Parteien vor dem ordentlichen Richter zum Austrag zu bringen ist, da noch keine öffentliche Sache existiert,[173]) und wir es infolgedessen einfach mit einem bürgerlichen Rechtsstreit zu tun haben.

II a) In diesem Falle ist nach der Ansicht des OVG eine Widmung überhaupt nicht zustande gekommen,[174]) während nach der von mir als richtig angesehenen Auffassung der Widmungsakt wohl zustande gekommen, aber in Ermangelung der erforderlichen Eigentümerzustimmung mit einem Fehler behaftet ist. Praktisch spielt jedoch diese Verschiedenheit der Ansichten keine bedeutende Rolle: Wenn auf den Weg nicht verzichtet werden soll, so muß die Einwilligung des Eigentümers nachgetragen werden, wodurch nach der Ansicht des OVG. der Widmungsakt überhaupt erst

[173]) Vergl. S. 47.
[174]) Vergl. S. 53.

perfekt würde, nach meiner Auffassung hingegen lediglich der Fehler des bereits vorhandenen Widmungsaktes geheilt wird. Ist mit dem Eigentümer ein gütliches Einvernehmen nicht zu erzielen, so kann im Wege der Zwangsenteignung gegen ihn vorgegangen werden. Was aber geschieht in der Zwischenzeit, während der das Enteignungsverfahren schwebt? Nach der Ansicht des OVG. in der Entscheidung Bd. 9 S. 208 ff. könnte die Polizeibehörde dem Eigentümer die Ausübung seines Rechtes solange untersagen, bis der ordnungsmäßige Zustand durch den Wegebaupflichtigen geschaffen worden ist, bezw. hätte geschaffen werden können,[175]) wenn — was bei fertiggestellten Straßen nicht selten der Fall sein dürfte — „besondere, keinen Aufschub duldende Interessen des öffentlichen Verkehrs" dazu zwingen würden. So sehr diese Auffassung auch dem billigen Empfinden entsprechen dürfte, so müssen wir doch feststellen, daß dem polizeilichen Einschreiten im vorliegenden Falle die gesetzliche Ermächtigung fehlt. Es handelt sich um eine Maßnahme der Wohlfahrtspolizei, die durch den § 10, II, 17 ALR. nicht gedeckt wird. Vielleicht aber könnte man auf Grund dieser bereits Jahrzehnte zurückliegenden Entscheidung eine gewohnheitsrechtliche Bildung der Praxis annehmen. Jedoch würde diese Frage, zu deren Untersuchung mir die nötigen Unterlagen leider nicht erreichbar sind, erst einer näheren Prüfung zu unterziehen sein. Will man dann der Entscheidung des OVG. nicht folgen, so müßte man dem Eigentümer das Recht zuerkennen, die Straße bis zur Erledigung des Enteignungsverfahrens für den öffentlichen Verkehr zu sperren.

II b) Wird das von dem Privateigentümer behauptete Recht seitens der Polizeibehörde bestritten, so haben wir die typische Situation gegeben, wie sie zum Erlaß einer Inanspruchnahmeverfügung führt.[176]) Dabei ist zu bemerken, daß als Voraussetzung für die Inanspruchnahmeverfügung keine tatsächlichen Hinderungshandlungen des Eigentümers erforderlich sind, wie z. B. Hinderung des Verkehrs durch Einrammen von Pfählen, Errichtung eines Zaunes oder auch nur durch Aufstellen von Verbotstafeln. Vielmehr genügt nach der durchaus zu billigenden Ansicht des OVG.

---

[175]) Vergl. OVG. Bd. 9, S. 216.

[176]) Macht jedoch der Dritte nur geltend, daß er Privateigentümer des mit dem Gemeingebrauch belasteten Areals sei, ohne also die Rechtmäßigkeit der Widmung zu bestreiten, so hat die Polizei keinen Grund einzuschreiten, sondern dann handelt es sich auch hier um eine rein bürgerliche Rechtsfrage.

schon die bloße Behauptung eines die Oeffentlichkeit beschränkenden Rechtes am Wege.[177])

Gegen die Inanspruchnahmeverfügung stehen dem Privaten die Rechtsbehelfe des § 56 Zust. Ges. zur Verfügung. Stellt sich nun bei der Incidentprüfung über die Oeffentlichkeit des Weges heraus, daß eine gültige Widmung nicht vorliegt, so wird das polizeiliche Vorgehen gegen diesen Privaten für unzulässig erklärt. Unmittelbar also richtet sich die Entscheidung gegen die Inanspruchnahmeverfügung, mittelbar aber auch gegen den dahinter stehenden Widmungsakt. Die Entscheidung bedeutet also zugleich auch die Aufhebung der Widmung selbst. Für die Frage, ob nicht im Falle besonderer, keinen Aufschub duldender Interessen des öffentlichen Verkehrs bis zum Zustandekommen einer gültigen Widmung das Grundstück provisorisch dem Gemeingebrauch erhalten bleiben darf, gilt das S. 59 Gesagte entsprechend.

II c) Wenn es sich nicht um den Eigentümer, sondern beispielsweise um einen Servitutberechtigten handelt, dessen Recht bei der Widmung unbeachtet geblieben ist, so ist die Sachlage folgendermaßen: Das Recht wird durch die Widmung des belasteten Grundstücks zur öffentlichen Straße nicht ohne weiteres aufgehoben. Wenn seine Ausübung den öffentlichen Verkehr hindert, so bleibt nichts anderes übrig, als dasselbe durch Privatvertrag oder Zwangsenteignung (vergl. § 6 des Enteignungs-Ges. von 1874) zu beseitigen. Interessant ist, daß das OVG. in diesem Falle den Widmungsakt auch ohne die Einwilligung des Servitutsberechtigten als existent ansieht.[178]) Daraus ergibt sich wieder ein Argument gegen die S. 53 ff. gewürdigte Ansicht des OVG. und seiner Anhänger von dem Wesen der Widmung. Denn warum wird ein Unterschied gemacht zwischen dem Recht des Eigentümers und dem eines anderen dinglich Berechtigten, warum sollte nicht die Zustimmung des letzteren, dessen Recht durch die Widmung in gleicher Weise beschränkt wird, wie das des Eigentümers, ebensogut Tatbestandsmoment des Widmungsaktes sein? Ein Grund für diese Unterscheidung in der Behandlung der verschiedenen gleichwertigen Sachenrechte ist nicht ersichtlich.

---

[177]) OVG Bd. 37, S. 223 ff.

[178]) M. E. ergibt sich dieses aus der Entsch. Bd. 9, S.. 208 ff, wenn dort S. 216 gesagt wird, die Servitut würde „nicht ohne weiteres durch die Umwandlung des Hofes in eine öffentliche Straße aufgehoben sein".

III. Für den dritten Punkt gilt das, was das OVG. treffend in der Entscheidung Bd. 9, S. 219 ff. zum Ausdruck gebracht hat: „Es unterliegt keinem Zweifel, daß ein offenkundiger Privatweg" oder ein sonstiges Privatgrundstück „zwangsweise nicht anders als im Wege des Enteignungsverfahrens in einen öffentlichen Weg umgewandelt werden kann. Dies erhellt aus der gewährleisteten Unverletzlichkeit des Eigentums". „Es ist ein Prinzipalsatz, daß durch bloße polizeiliche Verfügung das Privateigentum nicht entzogen werden kann". Es bedarf jedoch keiner weiteren Ausführung, daß Privatwege, gleich anderem Privateigentum, dem Eingriff seitens der Polizei unter den allgemeinen Gesichtspunkten des § 10, II, 17 ALR. unterliegen,[179]) sodaß z. B. bei Ueberschwemmung einer öffentlichen Straße die Polizei unter dem Gesichtspunkt des polizeilichen Notstandes ohne weiteres den Verkehr über einen Privatweg leiten darf. Aber in Fällen dieser Art liegt keine wege polizeiliche Maßnahme vor, das betr. Grundstück wird nicht öffentlicher Weg, sondern bleibt Privatweg.

Zum Schlusse sei in dieser Darstellung der Bedeutung der Eigentümerzustimmung noch auf folgendes hingewiesen: Die Anlegung eines öffentlichen Weges ist nach der Natur des Rechtsverhältnisses grundsätzlich als Begründung einer zeitlich unbegrenzten rechtlichen Beziehung gewollt. Entsprechend muß auch der Verpflichtungswille des Privateigentümers, dessen Erklärung die Grundlage für den Widmungsakt bildet, den gleichen Inhalt haben. Die Zustimmung des Eigentümers ist also unwiderruflich.[180]) „Sie bindet ferner den Rechtsnachfolger des Eigentümers, da sie die Zustimmung zu einem Eingriff in das Eigentum als solches enthält".[181]) Wegen der öffentlich-rechtlichen Natur des ganzen Verhältnisses bedarf sie jedoch einer grundbuchrechtlichen Eintragung nicht.

[179]) Vergl. OVG Bd. 5, S. 235.

[180]) Vergl. Schultzenstein in DJZ 1911, S. 1526; Lassar, S. 77/78; OVG vom 30. III. 1911 in DJZ, S. 1222.

[181]) Lassar, S. 78.

## § 7.

### Inhalt der Eigentümerzustimmung zum Widmungsakt.

Die Zustimmung des Privateigentümers zur Widmung bildet die Grundlage für den Akt der Polizeibehörde, sie gibt ihm die privatrechtliche Legitimation. Wir müssen daher ihren Inhalt einer näheren Erörterung unterziehen. Die Zustimmungserklärung des Privateigentümers bei der Widmung der öffentlichen Sache zum Gemeingebrauch läßt sich zweckmäßig in vier Kategorien zergliedern:

I. Dadurch daß der Eigentümer der Widmung zustimmt, erklärt er sich zunächst damit einverstanden, daß die Sache in den für den Gebrauchszweck erforderlichen Zustand versetzt wird. Dahin gehört z. B. die Pflasterung des Wegegrundstücks, die Anpflanzung von Bäumen zum Schutze der Wegeanlage in sandigen Gegenden, die Errichtung von Böschungen, Schutzmauern und Geländern an gefährlichen Stellen und ähnliches.[182])

II. Zwetiens gestattet der Eigentümer die Benutzung der Sache durch das Publikum zum bestimmungsgemäßen Gebrauch. Ein Fuß- oder Reitweg darf also nicht zum Fahren, eine Promenade in der Regel nicht zum Anbau benutzt werden. Im übrigen gilt für den Umfang des Gebrauchs dasselbe, was oben betreffs des Gemeingebrauchs ausgeführt worden ist. Alle Tätigkeit, die sich im Rahmen des Gemeingebrauchs hält, ist keine unrechtmäßige Einwirkung auf fremdes Eigentum.

Hierher sind neben den Gemeingebrauch auch die Nutzungen zu setzen, die sich als Folgeerscheinung des Anbauzweckes, dem fast alle öffentlichen Straßen — wenigstens in geschlossenen Ortschaften — zu dienen bestimmt sind, ergeben. Es sei auf die Aufzählung auf S. 11 verwiesen. Das O V G., das mit unserer Ansicht im Ergebnis übereinstimmt, faßt jedoch zur Begründung den Anbau und seine Folgewirkungen unter den Begriff des Gemeingebrauchs selbst.[183]) Dies ist aber mit unserer Definition des Gemeingebrauchs (S. 7) nicht vereinbar. Richtig ist es dagegen, wenn das O V G. sagt:[184]) „Die Straßen sind für den inneren Verkehr der Stadt und für den Anbau bestimmt.“ Die

[182]) Vergl. auch Lassar S. 42.

[183]) S. O V G Bd. 28, S. 74 und Bd. 36, S. 234..

[184]) O V G Bd. 28, S. 74.

Zweckbestimmung der öffentlichen Straße umfaßt den Anbau und seine Folgeerscheinungen wohl, nicht aber der Gemeingebrauch. Es scheint fast, als ob unsere Auffassung neuerdings auch beim OVG. zum Durchbruch gekommen ist, wenn es nämlich in einer jüngeren Entscheidung[185]) sagt: „Im übrigen ist auch die Rechtsauffassung irrig, daß der Eigentümer des Wegekörpers nur diejenigen Einschränkungen seines Eigentums zu dulden brauche, die im Rahmen des Gemeingebrauchs des Weges und der Wegebaupflicht liegen"; und in der Ueberschrift derselben Entscheidung heißt es: „Der Eigentümer einer dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Wegefläche ist verpflichtet, alle Einschränkungen seines Eigentums an dem Wegekörper zu dulden, die im Rahmen des Gemeingebrauchs und der Wegebaupflicht liegen oder sich notwendig aus dem Zwecke des Weges und den Anforderungen des öffentlichen Verkehrs ergeben." Hier ist der Gemeingebrauch deutlich dem sonstigen Zwecke des Weges gegenübergestellt.

Hinsichtlich des S. 13 erwähnten Beispiels kann also der Straßeneigentümer einem mißliebigen Bauherrn, der auf Grund des kulturhistorischen Ortsstatuts den Erker anbringen will und muß, nicht unter Berufung auf sein Eigentumsrecht die Benutzung des Luftraumes der Straße verwehren. Dadurch würde er nämlich den Anbauzweck, dem die Straße zu dienen hat, vereiteln. Anders wäre natürlich die Sachlage, wenn der Bauherr nicht gezwungen durch das Ortsstatut, sondern lediglich aus privaten Gründen den Erker anbringen wollte.[186])

Da die öffentliche Straße dem Anbau dient, muß der Wegeeigentümer auch das Einlegen von Wasserleitungsrohren und Kanalisationsanlagen dulden, denn beides ist für die Bewohnbarkeit einer Stadt und die Gesundheit der Bevölkerung von größter Bedeutung.[187]) Dagegen braucht der Wegeeigentümer nicht die

---

[185]) OVG Bd. 74, S. 363.

[186]) Ob eine Privatperson oder eine Gemeinde Eigentümerin des Areals ist, begründet für die Behandlung des Falles insofern keinen Unterschied, als in dem Erlaß des Ortsstatuts eine privatrechtliche Genehmigung der Gemeinde auf Benutzung ihres Eigentums nicht gefunden werden kann; vergl. OVG Bd. 28, S. 75: „Die Regelung privatrechtlicher Verhältnisse durch ortsstatutarische, dem öffentlichen Rechte angehörenden Vorschriften erscheint nicht statthaft."

[187]) Bezüglich der polizeilichen Erlaubnis für die Legung von Wasserleitungsrohren hat das OVG in Bd. 29, S. 442 ff. ausgeführt: „An sich werden derartige Anlagen für Zwecke hergerichtet, die mit der eigentlichen

oberirdische Zuleitung von Abwässern zu dulden.[188]) Weiterhin haben die Anlieger das Recht der Ueberfahrt über den Bürgersteig[189]) sowie der Ueberbrückung des vor ihrem Grundstück belegenen Teiles des Straßengrabens.[190]) Zu weit geht jedoch das OLG. Stettin, welches auch die große moderne Lichtreklame, die den Luftraum der Straße benutzt, hierher rechnet. Es fehlt da die enge Beziehung sowohl zum Verkehrs- wie auch zum Anbauzweck der öffentlichen Straße. Die Reklame dient doch ganz allein privatwirtschaftlichen Zwecken.[191])

III. Sprachen wir unter Punkt II von den Einwirkungen auf die öffentliche Sache, die der Eigentümer mit Rücksicht auf ihre Zweckbestimmung duldet, so können wir drittens noch einen Schritt weitergehen und — nach der Ausdrucksweise von W. Jellinek[192]) — einen Schluß vom Zweck auf das zur Erreichung des Zweckes notwendige Mittel ziehen. Wenn die Straße zum Fahren dienen soll, so muß auch die Aufstellung von Fahrzeugen zum Ein- und Aussteigen erlaubt sein; und da nicht jeder Mensch ein eigenes Fahrzeug besitzt, oder es nicht immer in erreichbarer Nähe

---

Bestimmung des öffentlichen Weges, dem sich fortbewegenden Verkehr zu dienen, in keinem notwendigen Zusammenhang stehen oder wenigstens nicht zu stehen brauchen. Sie können aber nach den Bedürfnissen, welche die moderne Entwicklung gezeigt hat, nicht entbehrt werden, und die Polizeibehörde kann sie daher auch nicht lediglich deshalb von den öffentlichen Wegen zurückweisen, weil sie einem der Wegeanlage fremden Zwecke dienen." Das OVG geht hier noch von seinem oben (S. 62 f.) dargelegten Standpunkt aus, daß der „eigentliche Wegezweck" nur der allgemeine Verkehr ist. Indem es aber hier schon darüber hinaus die Polizei für verpflichtet erachtet, der modernen Entwicklung Rechnung zu tragen, wird es dies auch dem Eigentümer gegenüber hinsichtlich seines privaten Zustimmungsrechtes tun müssen.

[188]) Vergl. Hue de Grais S. 769; OVG in DJZ 1912, S. 870. In der Entscheidung des OVG vom 14. 3. 1907, abgedr. in Bd. 50, S. 285/86, Anm., heißt es: „Wegegräben sind in der Regel nur dazu bestimmt, zur Entwässerung des Weges zu dienen, nicht aber zur Aufnahme der sich auf den anliegenden bebauten Grundstücken ansammelnden Abwässer. Eine derartige Benutzung geht über den Allgemeingebrauch des Weges und über den bestimmungsmäßigen Gebrauch für die Zwecke des Verkehrs hinaus." Nach unserer Auffassung kommen die Zwecke des allgemeinen Verkehrs hier nicht in Frage, sondern wir müssen hinzufügen, daß eine derartige Benutzung auch durch die Erfordernisse des Anbauzweckes nicht bedingt ist.

[189]) Ebenso OVG Bd. 28, S. 197 ff.

[190]) Besonders ausführlich hierüber Bering S. 65 ff.

[191]) Vergl. auch Jordan, im Pr. Verw.-Bl. 1926/27, S. 63..

[192]) Gesetz, Gesetzesanwendung . . ., S. 10 ff.

hat, so fällt auch das Bereithalten von Pferde- und Autodroschken für die Benutzung seitens des Publikums unter den Gemeingebrauch.[193]) Am besten ersieht man das schon daraus, daß gewisse Straßen und Plätze, besonders Bahnhofsvorplätze, geradezu für die Aufstellung von Wagen und Automobilen angelegt und eingerichtet sind. In einem Falle wollte die Polizei das Aufstellen von Badekarren auf dem Sylter Strand verbieten; das preußische OVG. trat dem entgegen: das Baden gehöre zum Gemeingebrauch; daraus folge, daß auch die Aufstellung eines Badekarrens, ohne den nicht gebadet, also der Gemeingebrauch hinsichtlich des Badens nicht ausgeübt werden könne, innerhalb des Gemeingebrauchs bleibe.[194])

IV. Aber nicht nur die für die Ausübung des Gemeingebrauchs notwendigen Mittel und Anlagen verpflichtet sich der Eigentümer durch seine Zustimmung zum Widmungsakt zu dulden, sondern auch alle Maßnahmen, die zur Verwirklichung der Zweckbestimmung der betr. Sache nützlich und förderlich sind. Das ergibt sich aus der ganzen Natur des Rechtsverhältnisses, aus den natürlichen Motiven, die zur Herstellung der öffentlichen Sache führen. Wesentlich ist allerdings, daß das öffentliche Interesse Hauptzweck der betreffenden Anlage ist.[195]) Das ist beispielsweise der Fall bei der Aufstellung von Orientierungstafeln, Wegweisern, Ruhebänken, Normaluhren; hierher gehören alle Einwirkungen auf den Weg, die sich aus der polizeilichen Reinigung desselben ergeben, z. B. das Abschlammen, das Befahren mit Sprengwagen, Kehrmaschinen, Lagern von Sand zum Bestreuen des Weges und dergleichen mehr;[196]) ferner alle Vorrichtungen, die der Sicherung des Verkehrs dienen, vor allem die Beleuchtungsanlagen.[197]) So hat das Oberverwaltungsgericht in seinen Entscheidungen Bd. 36, S. 237 und Bd. 74, S. 360 ff. die Klage des Privateigentümers des Wegeareals abgewiesen, die sich gegen eine Polizeiverfügung richtete, in der ihm die Hinderung einer Wege-

---

[193]) Vergl. auch RG in Gruchots Beiträgen Bd. 33, S. 420 ff.

[194]) S. OVG Bd. 33, S. 454.

[195]) Lassar S. 43, verwendet hier den Begriff der „Verkehrsanlage", zum Unterschied von den „wegfremden Anlagen", da sie dem Verkehr dienen und im Gegensatz stehen zu den „Anstalten und Vorrichtungen, die einem der Wegeanlage fremden Zwecke dienen." (Vergl. auch W. O. f. Ostpreuß. § 12, Ziff. 1.)

[196]) S. OVG Bd. 36, S.. 240.

[197]) Ebenso Holstein S. 72.

beleuchtungsanlage untersagt wurde, indem es ausführte, „daß der Eigentümer des Wegekörpers infolge der Widmung desselben für den öffentlichen Verkehr auch alle diejenigen Einwirkungen auf den Wegekörper zu dulden verpflichtet ist, die in inniger Beziehung zu den Zwecken stehen, für welche der öffentliche Weg bestimmt ist". [198]) Es genügt aber nicht, wenn die Förderung des allgemeinen Verkehrs als Nebenzweck mitspielt, was vielleicht bei der Aufstellung von Benzinpumpen auf öffentlichen Wegen der Fall sein könnte, [199]) sondern sie muß Hauptzweck sein, sonst würde eine Grenzziehung kaum noch möglich erscheinen. [200]) Die Privatinteressen ins Privatrecht!

V. Noch einer fünften Kategorie von Beschränkungen unterzieht sich der Eigentümer, wenn er sein Grundstück für den Gemeingebrauch hergibt. Durch den Widmungsakt wird dieses zur öffentlichen Sache, und öffentliche Sachen haben die rechtliche Eigenschaft, daß die Verwaltung sich zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben an ihnen betätigt. Soweit daher die Verwaltung sich an den Sachen des Gemeingebrauchs zur Durchführung der öffentlichen Zwecke, denen diese dienen, zu betätigen hat, muß auch dieses vom Eigentümer geduldet werden. Hier ist beispielsweise an den polizeilichen Winkposten zu denken, der auf der Straße steht, an einen Verkehrsturm, der in der Straßenkreuzung errichtet wird, an das Polizeiboot, das zur Durchführung der Aufgaben der Wasserpolizei dient, und ähnliches mehr.

---

[198]) Aus dem Umstand, daß die Beleuchtungsanlagen im § 10 der Sächsischen, § 6 Abs. I der Westpreuß., und § 5 Abs. I der Posener Wegeordnung nicht aufgenommen sind, ist nicht etwa zu folgern, daß ihre Anlegung nicht gestattet zu werden brauche, sondern man hat dort nur diejenigen Anlagen aufgeführt, die zu den Zwecken des öffentlichen Weges keine nähere Beziehung haben, und hielt es für selbstverständlich, daß diejenigen Einrichtungen, die mit den Zwecken des öffentlichen Weges und des sich auf ihm bewegenden Verkehrs in enger Beziehung stehen, geduldet werden müssen: „denn bei ihnen folgt die Pflicht zur Duldung schon von selbst aus der Widmung". (OVG 36, S. 238 ff.)

[199]) Für den Verkehr ist es nicht von großer Bedeutung, ob das Benzin in Kannen in den Geschäftsräumen steht, oder die Pumpen auf dem Privatgrundstück des Geschäftsmannes statt auf öffentlichen Wegen sich befinden. Wenn die Meßapparate auf der Straße stehen, so ist diese Bequemlichkeit lediglich eine Reklame im privaten Geschäftsinteresse. Es ist sehr leicht denkbar, daß eine Dapolinpumpe auf einer öffentlichen Straße mehr verkehrsstörend als fördernd wirkt.

[200]) Vergl. die Beispiele auf S. 84/85.

Im folgenden soll nun von den vorstehenden Ausführungen die praktische Anwendung auf einige nicht allzu seltene Fälle der Sondernutzung an Sachen des Gemeingebrauchs gemacht werden. Beginnen wir mit der neuesten Erscheinung der Benutzung der öffentlichen Straßen: das Ueberspannen derselben mit einer Radioantenne. In allerjüngster Zeit (am 14. III. 1927) hat das Amtsgericht in Düsseldorf (Aktenzeichen 23 C 37/27) ein in der Oeffentlichkeit viel beachtetes Urteil gefällt, worin es die Klage der Stadt Düsseldorf auf Entfernung einer über die Straße gespannten Antenne abwies. In den Gründen, die im übrigen polizeiliche und privatrechtliche Gesichtspunkte bunt durcheinander mengen, heißt es u. a.: „Die ungehemmte Entwicklung des Rundfunks liegt im öffentlichen Interesse"; und darauf scheint die Entscheidung hauptsächlich zu basieren. Es ist garnicht zu bestreiten, daß die Entwicklung des Rundfunks im öffentlichen Interesse liegt, aber diese öffentlichen Interessen haben doch mit den öffentlichen Zwecken, denen die öffentliche Straße zu dienen hat, nicht das mindeste zu tun. Der Fall liegt ganz parallel der Benutzung einer Straße durch die Telephon- und Telegraphendrähte. Wie hier, so ist auch für die Benutzung des Luftraumes durch Antennendrähte eine gesetzliche Grundlage erforderlich, die eine öffentliche Eigentumsbeschränkung schaffen würde. Solange aber ein entsprechendes Gesetz nicht besteht, braucht der Straßeneigentümer die Antenne nicht zu dulden. Nur eine vertragliche Vereinbarung mit ihm kann für den Radiohörer zum Erfolg führen.[201])

Auch das Einlegen von Straßenbahnschienen in den Wegekörper gehört nicht zu den Anlagen, welche der Eigentümer der öffentlichen Sache eo ipso zu dulden hat. Von dem Bau einer Straßenbahn gilt wiederum in mancher Hinsicht dasselbe, wie von der Anlage der Telephon- und Telegraphenlinien. Beide Institute dienen neben den privatwirtschaftlichen zugleich auch öffentlichen Interessen, oft sogar in erheblichem Maße; beide vermitteln den allgemeinen Verkehr; aber beide stellen auch eine besondere Art öffentlicher Verkehrsanstalten dar, welche dem Verkehr in anderer Weise und zu anderen Zwecken dienen, wie die öffentlichen Wege. Die Gemeinsamkeit der Zweckbestimmung zwischen

[201]) Wie mir bei der Drucklegung bekannt wurde, ist denn auch auf die Berufung der Stadt Düsseldorf hin das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und der Beklagte verurteilt worden, die Antenne zu beseitigen. (Aktenzeichen 6. S. 153/27 des Landgerichts Düsseldorf.)

ihnen und den öffentlichen Wegen ist nur eine äußerliche, durch die Worte „öffentlicher Verkehr"; innerlich sind ihre Zweckbestimmungen verschieden. Der Verkehrszweck der öffentlichen Straße ist nicht derart, daß, um sie zu benutzen, erst Schienen eingebaut und Leitungsmasten errichtet werden müßten, ohne deren Herstellung aber eine Straßenbahn nicht betrieben werden kann. Das geht auch schon aus der besonderen gesetzlichen Regelung hervor, welche beide Institute in den Gesetzen von 1892 und 1889 gefunden haben; ferner aus dem Umstand, daß die Telegraphenleitungen im § 10 der sächsischen Wegeordnung erwähnt sind, wo nur solche Anlagen aufgeführt sind, die zwar im öffentlichen Interesse liegen, aber zu den Zwecken des öffentlichen Weges keine näheren Beziehungen haben. Von der Aufnahme der Straßenbahnen sah man damals ab, weil das Kleinbahngesetz bereits in Aussicht genommen war.[202]) Niemand würde beispielsweise verlangen, daß die öffentlichen Straßen wegen ihrer Bestimmung für den öffentlichen Verkehr ohne weiteres auch zur Aufnahme von Eisenbahnanlagen gehalten sein sollten.[203])

Was in dieser Beziehung von den Straßenbahngeleisen gilt, trifft natürlich erst recht auf die Anlage von Schienen für eine Privatbahn zu, die der Verbindung zweier durch eine öffentliche Straße getrennter Fabrikgrundstücke dienen soll; denn hier fehlt jedes öffentliche Interesse überhaupt.

Aehnlich wie bei den Telegraphenanlagen ist auch die Sachlage bei der Anbringung von Briefkästen auf öffentlichen Straßen und Plätzen. Da sich aber in dieser Beziehung mit den Eigentümern des Wegeareals kaum Schwierigkeiten ergeben haben, sondern höchstens mit den Wegepolizeibehörden, so hat sich hier das Bedürfnis einer gesetzlichen Regelung, wie bezügl. der Telegraphendrähte, bisher nicht herausgestellt. Eine Verpflichtung des Wegeeigentümers zur Duldung solcher Briefkästen besteht jeden-

---

[202]) S. Motive S. 32, bei Germershausen Bd. II, S. 193, Anm. 24.

[203]) Ebenso OVG Bd. 10, S. 198 ff., insbes. S. 201; RG Bd. 40, S. 282 ff und neuerdings noch in Bd.. 88, S. 16 ff.

Daß auch die Praxis der Verwaltungsbehörden der im Haupttext dargelegten Auffassung folgt, ergibt § 1 der allgemeinen von dem Polizeipräsidium in Berlin zur Anwendung gebrachten Vorschriften bezügl. der Anlegung von Straßenbahnen. Derselbe lautet: „Mit der Ausführung der Bahnanlage darf erst dann begonnen werden, nachdem dem Unternehmer die Erlaubnis zur Einlegung der Schienen in den Straßendamm seitens des Eigentümers der Straßen oder des zu ihrer Unterhaltung Verpflichteten erteilt worden ist." (Abgedr. in OVG Bd.. 10, S. 202.)

falls nicht, ebensowenig wie etwa des Hausbesitzers, an dessen Gebäude dieselben angebracht werden sollen.[204])

Gerade in letzter Zeit ist die früher wenig beachtete Frage der Benutzung des Meeresstrandes durch die konzessionierten Badebetriebe wiederholt behandelt worden. Dieser Fall bietet insofern vor anderen Benutzungsarten eine Besonderheit, als der Gemeingebrauch, soweit ein konzessionierter Badebetrieb besteht, vollständig ausgeschlossen wird. Denn durch die Badekonzession wird es dem Publikum unmöglich gemacht, auf dem Strandgelände, das von der Konzession ergriffen wird, eigene Strandkörbe aufzustellen, unentgeltlich zu baden, zu promenieren oder sonstwie den Gemeingebrauch auszuüben. Dagegen wird der Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen beispielsweise durch die eingebauten Schienen, durch Leitungsdrähte, Briefkästen und Erker nur in geringer Weise beschränkt, keineswegs aber ganz und dauernd ausgeschlossen. Der Begriff der Badekonzession geht nach der Ausdrucksweise des OVG. dahin, „daß jedermann, der auf der fraglichen Strandstrecke baden oder Badekörbe benutzen will, gehalten sein soll, sich der zu diesem Behufe von der Inhaberin der Konzession geschaffenen oder bereit gehaltenen Einrichtungen zu bedienen, und daß niemand berechtigt sein soll, sich eine Badestelle nach freiem Belieben zu wählen, oder die gewünschten Einrichtungen und Veranstaltungen, wenn auch nur für die eigene Benutzung, eigenmächtig zu beschaffen, insbesondere auch Strandkörbe aufzustellen, und zwar auch dann nicht, wenn allgemeine polizeiliche Gründe dem Vorhaben nicht entgegenstehen würden".[205]) Es entsteht also ein scharfer Gegensatz zwischen dem Gemeingebrauch und der Sondernutzung, die, wenn sie überhaupt Wert haben will, jenen vollständig ausschließen muß. Man hat allerdings die Ansicht vertreten, daß die Konzession

---

[204]) Grundsätzlich anderer Ansicht über die Verpflichtung auch des Hausbesitzers, die Anbringung eines Briefkastens zu dulden, ist O. Mayer, Bd. II, § 41, bes. S.. 129. Die Auffassung O. Mayers beruht auf seiner unhaltbaren und von uns bereits oben S. 17 abgelehnten Lehre von der öffentlichen Eigentumsbeschränkung zu Gunsten der öffentlichen Anstalten. Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß, wie die Oberpostdirektion in Berlin auf eine Anfrage Holsteins mitgeteilt hat, in der Praxis mit der Anbringung eines Briefkastens immer gewartet wird, bis die Postbehörde die Einwilligung des betr. Hauseigentümers in Händen hat (s. Holstein S. 32). Ein Beweismoment dafür, daß die Lehre O. Mayers auch in der Praxis der Verwaltungsbehörden keine Anerkennung gefunden hat.

[205]) O V G Bd. 60, S. 287.

keine eigentliche Aufhebung des Gemeingebrauchs am Strand enthalte, sondern nur eine besondere Ordnung des Gemeingebrauchs darstelle.[206]) Hiergegen ist einzuwenden: 1.) daß die Regelung des Gemeingebrauchs nicht Sache der Regierung, sondern der Ortspolizeibehörde ist, und 2.) daß sie gleichwohl nicht derart getroffen werden kann, „daß zu Gunsten eines Einzelnen, des Badeunternehmers, alle übrigen Gleichberechtigten von der Ausübung des Gemeingebrauchs ausgeschlossen oder gar derart beschränkt werden, daß die übrigen an die Benutzung der von dem bevorzugten Mitberechtigten geschaffenen Einrichtung gebunden sind und gezwungen werden, sich den für diese Einrichtungen aufgestellten Benutzungsbedingungen zu unterwerfen".[207])

Das OVG. hat den Widerstreit zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung in folgender Weise zu lösen versucht. Nach seiner Ansicht ist die Verleihung der Badekonzession weder Ausfluß des Eigentumsrechtes des Staates noch seiner Polizeigewalt, vielmehr ist die Verfügungsgewalt, auf Grund derer die Verleihung vorgenommen wird, „landeshoheitlicher Natur und geht insbesondere dahin, den Gemeingebrauch am Strande überall da am Strande einzuschränken oder auszuschließen, wo und soweit dies für besondere Anlagen geboten erscheint".[208]) Diese mit dem Begriff der Landeshoheit operierende Konstruktion bekämpft Helfritz mit Recht, indem er ausführt,[209]) daß Landeshoheit gleichbedeutend sei mit Gebietshoheit. Gebietshoheit aber sei nach Meyer-Anschütz[210]) „kein Inbegriff bestimmter materieller Befugnisse; sie bedeute nur das Recht des Staates, innerhalb eines Gebietes überhaupt Hoheitsrechte ausüben zu können". Mit diesem Begriff sei daher keine „materielle Unterlage" für die Verfügung des Regierungspräsidenten gegeben.[211]) Diese materielle Unterlage findet Helfritz in folgender Erwägung: Gewisse Arten des Gemeingebrauchs haben in neuerer Zeit zu einem neuen Nutzungszweige, dem Seebadebetriebe, geführt. Dieser steht, wie

---

[206]) Preuß. Verw.-Bl., Jahrg. 27, S. 281.

[207]) OVG Bd. 60, S. 288.

[208]) OVG Bd. 60, S. 290.

[209]) Helfritz, Festgabe für das OVG, S. 74 f.

[210]) Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 1, S. 237.

[211]) Den Ausführungen des OVG in Bd. 60, S. 286 ff. schließt sich aufs engste an: Laue im Preuß. Verw.-Bl. v. 7. V. 1927, Bd. 48, S. 377. Bezügl. seines Aufsatzes gilt das über die Entscheidung des OVG Gesagte entsprechend.

die übrigen Nutzungen am Meeresstrande nach seiner Auslegung der Vorschriften des ALR. insbesondere der §§ 21, 24, 25 in Teil II, Tit. 14 und § 80, II, 15 dem Staate als Regal zu. Es bestehen also nebeneinander Gemeingebrauch und Nutzungen, von denen der Seebadebetrieb den Gemeingebrauch mehr oder weniger ausschließt. Die Regelung des Verhältnisses zwischen beiden „geschieht in der Form der Verleihung einer ausschließlichen Berechtigung zum Seebadebetriebe". Die Verleihung stellt sich dar als „staatshoheitlicher Verwaltungsakt". Sie ist auch erforderlich, wenn der Fiskus das Unternehmen betreiben will. Da aber der Fiskus nach dem Gesetz der in vorderster Linie Nutzungsberechtigte ist, kann eine Verleihung an andere nicht ohne seine Zustimmung erfolgen.[212])

Helfritz führt also noch eine neue Person in das ohnehin schon komplizierte Rechtsverhältnis ein: den Staat als Hoheitsperson, der die Benutzung des Meeresstrandes ordnet und regelt. Er geht dabei offensichtlich von dem Gedanken aus, daß das Strandregal ein Regal im öffentlichen Interesse sei. Diese Ansicht dürfte nicht zu billigen sein. Das Regal des Staates am Meeresstrande trägt einen ausgesprochen fiskalischen Charakter, was in allen Fällen, in denen der Staat selbst als Badeunternehmer auftritt, besonders stark in die Erscheinung tritt. Welche öffentlich-rechtlichen Gründe für das Regal sprechen sollen, — wie sie z. B. beim Münzregal auf der Hand liegen, — ist nicht ersichtlich. Wir sprechen deshalb besser von einem staatlichen Monopol. Die Verfügung des Regierungspräsidenten, welche die ausschließliche Berechtigung des Badebetriebes erteilt, ist also zunächst fiskalische Eigentumsausübung. Aus diesem Grund muß sich der Regierungspräsident der Zustimmung der Abteilung II versichern Die Verfügung des Regierungspräsidenten ist aber gleichzeitig Ausübung der Polizei der öffentlichen Sache; denn diese wird im gegebenen Fall nicht von der Ortspolizeibehörde ausgeübt, sondern, da es sich bei der Errichtung von Seebädern um Verhältnisse handelt, deren Bedeutung nicht bloß auf die einzelne Gemeinde beschränkt ist, vielmehr weit über den örtlichen Interessenkreis hinaus das staatliche Gemeininteresse berührt, befinden wir uns auf dem Gebiet der Landespolizei (s. § 12 des Pol.-Ges. v. 11. März 1850),[213]) die vom Regierungspräsidenten ausgeübt wird. Wir brauchen also weder eine kom-

[212]) Helfritz, a. a. O., S. 81 f.

[213]) Vergl. Hatschek § 25, III, 2.

plizierte Konstruktion mit dem längst veralteten, mehr und mehr schwindenden Regalienbegriff noch mit dem hier deplacierten Begriff der Landeshoheit.[214])

Wir stimmen mit Helfritz darin überein, daß der Staat als Privateigentümer sich ein Entgelt für das zu übertragende Recht ausbedingen kann. Denn so sehr auch vom Standpunkt der Volksgesundheit, vielleicht auch der Volksethik, ein Ausbau und die Förderung des Seebadebetriebes zu begrüßen sein mag, der Eigentümer ist nicht verpflichtet, wegen dieses öffentlichen Wohlfahrtszweckes den sich nicht mehr als Gemeingebrauch darstellenden Betrieb eines Seebades ohne weiteres zu dulden.

In jedem einzelnen Falle müssen wir also bei der Untersuchung der Frage, ob eine Benutzung der öffentlichen Sache von dem Eigentümer der Sache bereits auf Grund seiner generellen Zustimmung zum Widmungsakt — bezw. bei den sogenannten „geborenen öffentlichen Sachen" [215]) auf Grund der Tatsache ihres Dienstes für die Allgemeinheit — von diesem eo ipso geduldet werden muß, die enge Beziehung der Nutzung zu der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache besonders berücksichtigen, um der Gefahr einer zu weit gehenden Ausdehnung zu begegnen. Andererseits müssen wir aber auch der fortschreitenden modernen Entwicklung, den gesteigerten Lebensbedürfnissen des heutigen Kulturstandes entsprechend Rechnung tragen. Während vor nicht allzu langer Zeit Talglicht und Petroleumlampe die einzigen Beleuchtungsgegenstände waren, ist es heute einfach unmöglich, in der Stadt oder sogar schon auf dem Dorfe ein Wohnhaus ohne elektrisches Licht oder Gasanlage zu bauen. Das gehört heute zu den wesentlichen Bestandteilen eines Hauses, und ein Architekt, der diese Anlagen vergäße, würde mit Recht schadensersatzpflichtig gemacht werden können. Dies gilt nicht nur für Häuser in besseren Stadtteilen, sondern ebensogut für Arbeiterwohnungen. Der Straßeneigentümer muß demnach, damit der Anbauzweck der öffentlichen Straße nicht vereitelt wird, ohne weiteres auch

---

[214]) Zur Bekräftigung unserer Ansicht dürfte ein Hinweis auf den vor Erlaß des preuß. Wassergesetzes gleich gelagerten Fall der Flußbadeanstalten angebracht sein. In Bezug auf diesen hat das RG in Bd. 64, S. 137 ff., ausgesprochen, daß für einen derartigen Sondergebrauch neben der polizeilichen Genehmigung die besondere Erlaubnis des Staates *als Privateigentümer* erforderlich sei. Für letztere sei die Abteilung für Domänen und Forsten berechtigt, ein Entgelt zu fordern.

[215]) S. oben S. 30.

die Durchführung von Kabeln und Gasrohren durch den Straßengrund dulden. Es ist nicht ausgeschlossen, daß aus diesen Gesichtspunkten in absehbarer Zeit auch das Ueberspannen der öffentlichen Straßen mit Radioantennen unter die Duldungspflicht des Wegeeigentümers fällt.[216])

Für die Frage, wieweit das Eigentumsrecht zurücktritt, sind in all diesen Fragen auch die örtlichen Verhältnisse von ziemlicher Bedeutung. So möchte ich annehmen, daß z. B. in Nord-Amerika, wo fast jedermann sein Auto hat, das Aufstellen von Benzinpumpen auf den Straßen viel eher ein Erfordernis des allgemeinen Verkehrs sein kann als anderswo; und daß andererseits in Mexiko oder Australien vielleicht Koppel Reitpferde auf öffentlichen Plätzen postiert werden dürfen, um sie nach Bedarf zu vermieten, wie hier zu Lande die Droschken warten. Auch die oben S. 64 erwähnte und abgelehnte Entscheidung des OLG. Stettin über die Lichtreklame mag für die Geschäftsstraßen der Großstädte der Vereinigten Staaten von Amerika, wo eine schreiende Lichtreklame notwendig zu jedem Geschäftshaus gehört, zutreffend erscheinen.

Mit den vorstehenden Ausführungen dürften die Verhältnisse hinreichend dargelegt sein, zugunsten derer das Privatrecht des Eigentümers der öffentlichen Sache auf Grund der Widmung derselben zum Gemeingebrauch zurücktritt. Von Interesse ist nun hier eine Unterscheidung, die Hawelka im Inhalt der Zustimmungserklärung des Privateigentümers macht, je nachdem ob dieser ein Subjekt des öffentlichen oder des privaten Rechtes ist. Er sagt: „Wenn die Gemeinden ihr Eigentum zu einer öffentlichen Straße widmen, so bedeutet dies so viel, daß dieses Eigentum in Hinkunft ausschließlich öffentlichen Zwecken dienen soll; privatwirtschaftliche Verwertung des Eigentums, wie sie das charakteristische Merkmal des Gemeinde„vermögens" bildet, würde der Natur dieses nunmehr zum Gemeinde„gute" umgewandelten Ver-

---

[216]) Auch das OVG scheint die Entwicklung der Zeit zu berücksichtigen, wie aus folgenden zwei Entscheidungen geschlossen werden darf: In Bd. 50, S. 284 führt es aus, daß „nach dem jetzigen Stande des öffentlichen Verkehrs zu dem Befahren der Wege mit Straßenlokomotiven die Zustimmung der Wegepolizei, des Wegebaupflichtigen und des Wegeeigentümers erforderlich sei"; und in Bd. 64, S. 494 heißt es, daß für Westpreußen „auch jetzt noch der Gemeingebrauch nicht auf die Benutzung von Kunststraßen durch Straßenlokomotiven zu erstrecken sei". Lange wird sich dieser Standpunkt wohl kaum mehr halten lassen, wenn er nicht — wenigstens für die westlichen Provinzen — schon heute verneint werden muß.

mögensobjektes widersprechen . . .[217]) Bei den im Eigentum einer Privatperson stehenden öffentlichen Wegen liegt aber die Sache wesentlich anders. Diese Wege haben mit den übrigen öffentlichen Wegen nur das eine Merkmal gemein, daß sie dem Gemeingebrauch dienen . . . Darüber hinaus kommt das privatrechtliche Moment wieder zur vollen Geltung . . . Der Eigentümer ist in der Disposition über die Sache nur insoweit zu beschränken, als der Gemeingebrauch durch die Art der Ausübung seines Eigentumsrechtes beeinträchtigt werden könnte". [218])

Gegen diese Unterscheidung von Hawelka spricht erstens die Einheitlichkeit, mit der beide Kategorien öffentlicher Wege, sowohl — wie er selbst S. 112/113 zugibt — in der österreichischen als auch in der Gesetzgebung unserer Länder, z. B. Preußens, behandelt werden. Ferner ist es für die Oeffentlichkeit eines Weges und den allgemeinen Verkehr so belanglos, wem das Eigentum an dem Wegeareal zusteht, daß beide Kategorien nicht „nur" das eine Merkmal gemein haben, daß sie dem Gemeingebrauch dienen", [219]) — dies ist doch das allerwichtigste! — sondern nur den unbedeutenden Unterschied aufweisen, privatrechtlich verschiedenartigen Rechtssubjekten anzugehören. [220]) Im übrigen geht Hawelka fehl, wenn er meint, daß die Gemeinden in großzügiger Weitherzigkeit sich ihrer Rechte bis zum äußersten begäben. Ganz im Gegenteil! Diese haben mindestens ebensoviel ökonomisches Eigeninteresse wie jeder Privatmann und wachen eifersüchtig darüber, von ihren — oft mit großen finanziellen Opfern erworbenen — Rechten nicht mehr aufzugeben, als unbedingt erforderlich ist. Die Gemeinden haben auch fiskalische Interessen wahr-

---

[217]) Es sei ausdrücklich bemerkt, daß Hawelka sich nicht zur Lehre O. Mayers vom „öffentlichen Eigentum" bekennt, sondern das Privateigentum auch an den sogen. öffentl. Sachen anerkennt.

[218]) S. Hawelka S. 68/69, S. 122/123 u. S. 143.

[219]) Hawelka a. a. O.

[220]) Vergl. auch Friedrichs in Gruch. Beitr. Bd. 62, S. 466, der gegen die Otto Mayersche Dreiteilung der öffentlichen Wege in solche kraft Eigentums, kraft Dienstbarkeit und kraft Besitzes einwendet, daß dadurch in das einheitliche Wegerecht eine theoretische Unterscheidung eingeführt werde, die im Leben nicht in die Erscheinung tritt. Denn in Wirklichkeit gebe es nur eine Art öffentlicher Wege; die Zuständigkeit der Behörden, die Pflichten der Wegebaupflichtigen und die Rechte und Befugnisse auf den Gemeingebrauch seien, wenigstens in Preußen, bei allen öffentlichen Wegen gleich und von dem Eigentum am Grund und Boden nicht abhängig.

zunehmen, und das sind nicht ihre geringsten Sorgen. Wenn es sich um konkrete Angelegenheiten zum öffentlichen Nutzen handelt, kann man von ihnen wohl eine sozialere Einstellung erwarten als von privaten Rechtssubjekten. Warum aber sollten sie, wenn es sich um privatwirtschaftliche Sondernutzungen an den in ihrem Eigentum stehenden öffentlichen Wegen handelt, ganz allgemein auf ihre Rechte verzichten, um diese der Ausbeutung der geschäftstüchtigsten Unternehmer zu überlassen. Die oft erheblichen Vorteile, die solche Sondernutzung öffentlicher Sachen Einzelnen gewährt, muß billigerweise allen nutzbar gemacht werden, wie auch alle an den öffentlichen Lasten teilhaben. Die Gemeinden haben die Interessen aller Mitglieder zu vertreten. So ist auch der Standpunkt der Praxis. Keine Kommunalverwaltung denkt daran, sich ihrer Rechte in weitergehendem Maße zu begeben, als zum Gemeingebrauch und dem, was unmittelbar mit diesem zusammenhängt, erforderlich ist. Wir müssen also den Eigentümer durchaus gleich behandeln, ob er nun eine Privatperson oder eine Körperschaft des öffentlichen Rechtes ist..

## § 8.

### Eigentumsrecht und Polizeigewalt bei der Gewährung von Sondernutzungen an Sachen des Gemeingebrauchs.

Wir haben in den voraufgegangenen Paragraphen festgestellt, daß durch den hoheitlichen Akt der Widmung das Objekt dem öffentlichen Dienst des Gemeingebrauchs übergeben wird, haben die Notwendigkeit und die Bedeutung der Zustimmung des Privateigentümers zu diesem Widmungsakt untersucht und die Grenzen aufgezeigt, bis zu welchen der Eigentümer auf die Ausübung seines Privatrechts verzichtet hat. Danach ist das ganze Gebiet des allgemeinen Gebrauchs endgültig der Privatrechtssphäre des Eigentümers entzogen und der öffentlichen Gewalt, näher bestimmt der Polizeigewalt, unterstellt. Im folgenden soll nun das Verhältnis dieser beiden Gewalten, die sich an den Sachen des Gemeingebrauchs entfalten, des Eigentumsrechts und der Polizeigewalt zueinander, einer näheren Untersuchung unterzogen werden.

Die Polizei wacht über die Wahrung der öffentlichen Interessen. Ihr ist die Sorge für den Gemeingebrauch, sein Schutz und seine Regelung anvertraut. Keine Verfügung des Eigentümers oder eines sonstigen Berechtigten über sein Besitztum, welche den zweckbestimmten Gebrauch der Sache berührt, kann wirksam ergehen ohne Beteiligung der zuständigen Polizeibehörde;[221]) wo dieser jedoch unbeteiligt ist, ergreift das Eigentumsrecht in seiner Elastizität die Sache wieder in jeder Beziehung; es ist ja nicht in suspenso, ein dominium dormiens, wie Dernburg und Rüttimann noch annehmen,[222]) sondern ein reelles, wirksames Recht, das nur im öffentlichen Interesse gewissen Beschränkungen unterworfen ist. Die Entscheidung darüber aber, ob die Verfügung des Eigentümers sich in den erforderlichen Grenzen hält, steht allein den Verwaltungsbehörden zu. Der Eigentümer hat nur die Möglichkeit, die polizeiliche Anordnung, durch die er sich beschwert fühlt, im verwaltungsrechtlichen Verfahren anzufechten; denn die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ist ausgeschlossen, da es sich bei der Frage über die Existenz und den Umfang des Gemeingebrauchs nicht um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit handelt, sondern um eine öffentlich-rechtliche Frage, bei der

[221]) Vergl. O V G Bd. 29, S. 444.

[222]) S. S. 3.

der Staat nicht als gleichgeordnete Partei, sondern als Hoheitsperson dem Bürger gegenübersteht.[223])

Auf der anderen Seite aber darf auch die Polizei in Ausübung ihrer Befugnisse nicht in die Rechtssphäre des Privateigentümers eingreifen. „Die Widmung ruht auf der Einwilligung des Eigentümers derart, daß sie örtlich, zeitlich und sachlich nicht über das hinausgehen kann, was diese Einwilligung enthält".[224]) Einschränkungen des Gemeingebrauchs kann die Polizei natürlich selbständig nach freiem Ermessen anordnen. Wenn sie aber die Sache einem Gebrauch übergibt, welcher sich nicht innerhalb der durch den Inhalt der Eigentümerzustimmung gezogenen Grenzen[225]) hält, dann verletzt sie das Recht des Eigentümers. So ist die generelle Erlaubnis der Polizeibehörde, daß ein öffentlicher Fuß-, Schul- oder Kirchweg zu unbeschränktem Gebrauch, also auch zum Fahren und Reiten, benutzt werden könne, rechtswidrig und, ebenso wie eine Widmung ohne Genehmigung des Privateigentümers, anfechtbar. Es gilt hier das oben über die Widmung Gesagte. Eine solche Erweiterung des ursprünglichen Widmungszweckes ist nämlich kein Fall der eigentlichen Gebrauchserlaubnis; vielmehr handelt es sich um einen neuen, ergänzenden Widmungsakt, ich möchte sagen, um eine „Widmungsnovation". In den Fällen des Sondergebrauchs, in denen einem Einzelnen vor der Gesamtheit eine Sondernutzung eingeräumt wird, ist die Sachlage denn auch eine ganz andere:

Während bei dem Widmungsakt die Polizei mit ihrer öffentlich-rechtlichen Macht selbst das Objekt ergreift und es der allgemeinen Benutzung übergibt, geht in den Fällen des Sondergebrauchs die Initiative aus Privatinteressen von Seiten des Unternehmers hervor.[226]) Dieser tritt an die Polizeibehörde, als Hüterin der öffentlichen Ordnung und der Interessen des allgemeinen Verkehrs, heran, um von ihr die Licenz zu erhalten, die öffentliche Sache in einer Weise zu benutzen, die den Gemeingebrauch beein-

---

[223]) Vergl. auch OVG Bd. 10, S. 200 und OVG im Pr. Verw.-Bl. Bd. 20, S. 48: „Oeffentliche Straßen und Plätze unterliegen der freien Verfügung des Eigentümers nur insoweit, als dies mit den Erfordernissen des öffentlichen Verkehrs vereinbar ist, worüber die Polizeibehörden zu befinden haben."

[224]) S. Schmidt (Grimma) in Fisch. Zeitschr. Bd. 47, S. 30.

[225]) Siehe § 7.

[226]) Im folgenden ist nur von solchen Sondernutzungsarten die Rede, die nicht bereits, wie z. B. die Nutzungsmöglichkeiten der Anrainer, von dem Widmungsakt umfaßt werden. (Vergl. auch S. 81.)

trächtigen würde.[227]) Der daraufhin ergehende Bescheid besagt dann lediglich, daß vom polizeilichen Standpunkt aus[228]) die Benutzung der öffentlichen Sache in der bestimmten Weise gestattet werde. Diese Verfügung ergeht unbeschadet aller privatrechtlichen Verhältnisse. Wenn nun die Gemeindebehörde Trägerin der Straßenpolizei ist, so liegt in der von ihr vorgenommenen Gestattung eines Sondergebrauches in der Regel zugleich auch die privatrechtliche Zustimmung zu der fraglichen Benutzung ihres Straßenareals.[229]) Aber innerhalb des Behördenorganismus ist die Doppelseitigkeit des Aktes durchaus gewahrt, indem das Gesuch um Gestattung einer Sondernutzung zwei Büros durchlaufen muß: 1. das Büro der Magistratsverwaltung, wo der Magistrat als Eigentümer seine Genehmigung erteilt und in der Regel sofort das Entgelt für die Eigentumsbenutzung festsetzt, und 2. das Büro der Polizeiverwaltung, wo vom polizeilichen Gesichtspunkt aus über das Sondernutzungsgesuch entschieden wird. In den anderen Städten, in denen Polizei- und Kommunalverwaltung in den Händen verschiedener Behörden liegen, pflegt die Polizeibehörde ihrer Erlaubnis noch besonders den Passus hinzuzufügen, „vorbehaltlich der Zustimmung des Straßeneigentümers". Im Gegensatz zur Widmung aber ist die Polizeierlaubnis an sich auch ohne die Zustimmungserklärung des Privateigentümers gültig, da sie ja nicht selbst in das Eigentumsrecht eingreift, sondern dem Bewerber nur die polizeiliche Befugnis zu einer Benutzung des Objekts gibt, die an sich wegen der Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs unzulässig wäre. Die Ausübung dieser polizeilichen Befugnis ist jedoch abhängig von der zivilrechtlichen Verfügungsgewalt. Als Akt der Polizeiverwaltung ist sie also vollkommen selbständig, gültig und rechtmäßig; in ihrer praktischen Auswertung aber ist sie schwebend unwirksam, bis ihr durch Vertrag mit dem Eigentümer oder durch ein Enteignungsverfahren die notwendige Grundlage geschaffen ist. Dieser Gedanke hat seine beste gesetzliche

---

[227]) Die sachliche Zuständigkeit der Wegepolizeibehörde für Anstalten und Vorrichtungen, die einem der Wegeanlage fremden Zwecke dienen, wird ausdrücklich im § 13 Abs. 1 der Wegeordnung für Ostpreußen statuiert (s. auch § 12 der Wegeordnung für Posen).

[228]) Zunächst in verkehrspolizeilicher Hinsicht; aber auch ganz allgemein z. B. in bau- und sicherheitspolizeilicher Beziehung, weil die Belange der verschiedenen beteiligten Ressorts von dem in erster Linie in Frage kommenden mit wahrgenommen werden (vergl. OVG Bd. 23, S. 315 ff; Bd. 69, S. 387 und Bd. 73, S. 403.)

[229]) S. Fleiner, S. 358, Anm. 54.

Formulierung in dem bereits oben S. 37 erwähnten § 26 des Sächs. Wasserges. gefunden, wo es heißt, daß die (polizeiliche) Erlaubnis anderen gegenüber solange keine Wirkung habe, als nicht der Antragsteller . . . die zur Ausführung des beabsichtigten Unternehmens erforderliche (privatrechtliche) Befugnis als Eigentümer oder aus einem sonstigen Rechtsgrunde besitzt. Der Eigentümer kann daher gegen eine Gebrauchserlaubnis nie im Verwaltungsrechtswege vorgehen; jedoch kann er die Ausübung einer von ihm nicht gestatteten Sondernutzung im ordentlichen Rechtswege mit der Negatorienklage hindern. Handelt es sich um unerhebliche und vorübergehende Nutzungsarten, so wird er meistens keine Schwierigkeiten machen, oder es ist ihm eventuell ein „berechtigtes Rechtsschutzinteresse" abzusprechen, welcher Gedanke auch im § 905 Satz 2 BGB. Ausdruck gefunden hat.

In welchem Verhältnis stehen nun die beiden Akte des Privateigentümers und der Polizeibehörde zueinander? Diese Frage ist für das Wegerecht und für das Wasserrecht verschieden zu beantworten.

Was zunächst das Wegerecht betrifft, so müssen wir, ebenso wie bei der Widmung, das entscheidende Uebergewicht dem polizeilichen Akt zusprechen. Der Polizei ist die Sorge für den öffentlichen Verkehr, die Herrschaft über die Benutzung der öffentlichen Wege übertragen (s. § 55 Zust. Gesetz); sie beherrscht den Gebrauch der öffentlichen Sache vollständig, denn es läßt sich kaum eine Nutzungsart denken, die den Gemeingebrauch nicht in irgend einer Weise berührt. Wir können daher sagen, daß auch die Gestattung von Sondernutzungen an den öffentlichen Wegen und Plätzen ein öffentlich-rechtlicher Akt der Polizeibehörde ist, und die privatrechtliche Erlaubnis des Eigentümers, wie bereits auf S. 78 angegeben, nur die Grundlage für die Ausübung dieses Sonderrechtes schafft.[230]) Anders im Wasserrecht. Hier gilt gerade das umgekehrte Verhältnis und zwar aus folgenden Gründen: Das Eigentumsrecht ist in den Wassergesetzen vom Gesetzgeber — vor allem in Preußen — besonders stark in den Vordergrund gerückt. Es nimmt die prinzipale Stellung ein, nicht

---

[230]) Außerhalb des Rahmens dieser Erörterungen liegen die Nutzungen der öffentlichen Sachen, die sich als reine Eigentumsausübung darstellen und in dem Genuß ihrer natürlichen Früchte bestehen; z. B. das Abernten des Obstes der Chausseebäume und des Grases der Böschungen. (Vergl. S. 13/14.)

der Gemeingebrauch.[231]) Das beruht auf der bereits S. 30 hervorgehobenen Tatsache, daß — während bei den öffentlichen Wegen die Widmung zum Gemeingebrauch die causa movens ist — bei den natürlichen Wasserläufen, und diese geben dem Wasserrecht das charakteristische Gepräge, der Gemeingebrauch lediglich eine accidentielle Erscheinung ist. Die bloß sekundäre Stellung des Gemeingebrauchs an öffentlichen Wasserläufen ergibt sich auch daraus, daß in den Wassergesetzen die verschiedenen Nutzungsmöglichkeiten des Gemeingebrauchs eine erschöpfende Aufzählung gefunden haben, was auf anderen Gebieten, z. B. dem Wegerecht, nicht der Fall ist. Endlich zeigt sich der prinzipale Charakter des Eigentums an Wasserläufen darin, daß es dem Eigentümer unter der Voraussetzung des § 36 pr. WG. nicht einmal verwehrt ist, durch seine Benutzung den Gemeingebrauch unmöglich zu machen;[232]) und im § 21 wird die Wasserpolizeibehörde ermächtigt, die Benutzung eines Wasserlaufes zu beschränken oder zu untersagen, nicht nur im öffentlichen, sondern sogar im Privatinteresse des Eigentümers.

Dieser grundsätzliche Gegensatz hat zur Folge, daß zum Unterschied vom Wegerecht bei der Sondernutzung öffentlicher Wasserläufe sich die Erlaubnis des Eigentümers als das prävalierende Element darstellt. Wenn einem Dritten für dessen privatwirtschaftliche Zwecke eine Nutzung an dem Wasserlauf eingeräumt werden soll, so ist der privatrechtliche Vertrag mit dem Eigentümer das primäre,[233]) die evtl. erforderliche polizeiliche Genehmigung das sekundäre, während im Wegerecht z. B. bei der Einräumung der Benutzungsbefugnis einer öffentlichen Straße für

---

[231]) Wenn S. 30 gesagt worden ist, daß die natürlichen Wasserläufe „geborene öffentliche Sachen" sind, so soll damit nur gesagt sein, daß es zu ihrer Uebergabe an den Gemeingebrauch eines besonderen Widmungsaktes nicht bedarf.

[232]) Vergl. S. 30.

[233]) Wir haben oben S. 32 bereits gesehen, daß der Eigentümer die ihm auf Grund seines Eigentumsrechtes zustehenden Nutzungsbefugnisse einzeln oder insgesamt im Wege des zivilrechtlichen Vertrages auf andere übertragen kann. Nur soweit der Eigentümer zu der betreffenden Nutzungsart einer polizeilichen Erlaubnis bedarf, bedarf auch der Dritte einer solchen. Die Erlaubnis der Polizeibehörde befreit lediglich das Eigentumsrecht für diesen Einzelfall von der durch den Erlaubnisvorbehalt gezogenen öffentlichrechtlichen Schranke, die beispielsweise aus gesundheitlichen Gesichtspunkten zur Reinerhaltung der Gewässer oder mit Rücksicht auf den Schutz des Gemeingebrauchs oder zur Regelung der Interessen der verschiedenen Flußeigentümer untereinander besteht.

liche Interessen vorliegen, letztere aber nicht in dem Maße, daß ein Enteignungsverfahren gerechtfertigt wäre, z. B. bei Obsthallen in der Nähe von Krankenhäusern und Erholungsheimen, Trinkwasserbuden im Freien bei Volksspielen, Flugveranstaltungen, in beliebten Ausflugsgegenden, Zeitungskioske an Bahnhöfen u. ä. Da in der Regel die Gemeinde Eigentümerin des Areals ist, wird sie die mitspielenden öffentlichen Interessen ebenso würdigen, wie die Polizeibehörde; in anderen Fällen geben bei Konflikten auch die Wegeordnungen dem Wegebaupflichtigen die Möglichkeit, die Rechte Dritter am Wegekörper, auch das Recht des Eigentümers, zu erwerben. Auf dem Gebiete des Wasserrechts hat der Gesetzgeber selbst vor allem durch die Institute der Verleihung und der Zwangsrechte für einen ausreichenden Schutz der Interessen der Allgemeinheit auf Nutzbarmachung der Wasserkräfte — auch durch Privatunternehmer — gesorgt.[241])

Ein zweiter Einwand gegen unsere Ansicht geht dahin, sie vermenge öffentliches und privates Recht bei der Beurteilung einheitlicher Rechtsverhältnisse und bedeute einen Rückfall in die alte, aus dem Polizeistaat stammende, heute überwundene Fiskuslehre.[242]) Hiergegen können wir auf die Abweisung des Vorwurfs Otto Mayers auf S. 4 verweisen, und feststellen, daß es sich bei unserer Auffassung nicht um eine Vermengung, sondern um die notwendige, reinliche Scheidung des öffentlichen und privaten Rechtsgebietes handelt. Wir haben oben gesehen, daß die Gebrauchserlaubnis und die Nutzungsverleihung an sich selbständige öffentlich-rechtliche Akte der Polizeibehörde sind und der privatrechtliche Vertrag zwischen dem Bewerber und dem Eigentümer der öffentlichen Sache die davon unabhängige Grundlage ihrer Ausübung darstellt. Daß beide Teile keine untrennbare Einheit bilden, geht auch schon daraus hervor, daß der privatrechtliche Vertrag wegfällt, wenn der Eigentümer selbst um eine polizeiliche Gebrauchserlaubnis nachsucht. Nur in bestimmten Fällen hat das Gesetz eine Verschmelzung beider Komponenten vorgenommen. Das beste Beispiel hierfür ist die wasserrechtliche Verleihung, wo das Recht des Eigentümers durch öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen zum Teil der Disposition staatlicher Behörden unterstellt ist, die zugleich die privat- und polizeirechtliche Seite

---

241) Vergl. oben S. 33.

242) Vergl. O. Mayer S. 93, Anm. 7 und S. 99 Anm. 8; H. Schelcher in Fischers Zeitschr. Bd. 48, S. 386.

des Rechtsverhältnisses regeln.[243]) Aber auch bei den Wasserläufen konnten wir die Lebensfähigkeit und selbständige Wirksamkeit des Eigentums einwandfrei feststellen.[244])

### Anhang zu § 8.

### Ueberblick über die Stellung der Literatur

Wie schon aus den Hinweisen in den vorstehenden Ausführungen hervorgeht, besteht zwischen unserer Auffassung und der Judikatur der obersten Gerichte eine ziemlich große Uebereinstimmung. Dagegen zeigt sich in der Literatur bei der Behandlung unseres Problems eine große Mannigfaltigkeit. Wir wollen versuchen, die verschiedenen Ansichten zu ordnen und zusammenzufassen.

I. Zunächst wollen wir die Autoren kurz erwähnen, welche gleich uns der Ansicht sind, daß — um es kurz zu sagen — der Eigentümer von Sachen des Gemeingebrauchs gehalten ist, jede Benutzung derselben die im Rahmen ihrer eigentlichen Zweckbestimmung liegt zu dulden, daß aber für jede Benutzung, die darüber hinausgeht, neben der polizeilichen Erlaubnis auch die Genehmigung des Privateigentümers erforderlich ist. Hierhin gehört zunächst Germershausen,[245]) der sich eng an die Entscheidungen des preußischen OVG. anschließt, und damit auch unseren Ausführungen im Ergebnis entsprechend nahe kommt. Ferner Hatschek,[246]) dessen Darlegung sich von den unsrigen in ihrer theoretischen Konstruktion im wesentlichen nur dadurch unterscheidet, daß er die beiden Akte des öffentlichen und des Privatrechtes koordiniert, während wir im Wegerecht wegen der Vorherrschaft der Polizeigewalt den polizeilichen Erlaubnisakt als den Hauptbestandteil der Sondernutzungsgestattung ansehen, dagegen die privatrechtliche Zustimmung des Eigentümers nur als Vorbedingung für die Rechtmäßigkeit der Ausübung dieser polizeilichen Erlaubnis. Beide Akte sind demnach im Gegensatz zu Hatschek nicht zu einer wesentlichen Einheit verschmolzen. Der von uns betonte Unterschied zwischen Wege- und Wasserrecht

---

[243]) Vergl. oben S. 33 f., 40 f. und 42 f.

[244]) Vergl. z. B. oben S. 31, 32 und 38 f.

[245]) S. Bd. I, S. 118 ff; insbesondere S. 130 ff.

[246]) Lehrbuch, 8. Abschnitt, besonders § 56 und im Verw.-Arch. Bd. 7, S. 442 ff. und S. 464.

wird — wie überhaupt nirgendwo in der Literatur — auch von Hatschek nicht beachtet. Dasselbe was bezüglich Hatschek gesagt ist, gilt auch von Kühne[247]) und Mohn.[248]) Weiterhin gehören unter diese Rubrik Wappäus,[249]) Zorn,[250]) Biermann,[251]) Hue de Grais,[252]) Baltz-Fischer,[253]) Lassar[254]) und Gordan.[255])

II. Die nächste Gruppe erkennt auch grundsätzlich den Satz an, daß zu jeder Sondernutzung die Genehmigung des Privateigentümers der öffentlichen Sache erforderlich ist, faßt aber den Begriff des Gemeingebrauchs so weit, daß er noch alle Nutzungsarten in sich begreift, sofern sie nicht mit einem Eingriff in die Substanz der Sache verbunden sind, also ungefähr das ganze Gebiet unserer Gebrauchserlaubnis. Fleiner, Herrnritt und Theobald unterscheiden deshalb nur einen „bestimmungsmäßigen Gebrauch" und einen „Sondergebrauch". Ersteren teilen sie wiederum ein in den schlichten und in den gesteigerten Gemeingebrauch. Auf die Bedenken gegen den Begriff des „gesteigerten Gemeingebrauchs" ist schon oben, Anm. 33, hingewiesen worden. Eine „solche erhöhte Ausnutzung der öffentlichen Sache zu individuellen Zwecken (im Sinne des „gesteigerten Gemeingebrauchs") ist jedoch nur möglich auf Grund einer polizeilichen Bewilligung". Fleiner erkennt also ganz klar, daß diese Nutzungsarten, z. B. das Aufstellen von Obstbuden und Trinkhallen, das Ableiten von Fabrikabwässern in öffentliche Wasserläufe, den gleichen Gebrauch seitens aller anderen Berechtigten erheblich behindern würden; also kann es sich nicht mehr um einen Gemeingebrauch handeln. Umgekehrt wäre, wenn man annimmt, diese „Ausnutzung zu individuellen Zwecken" fiele noch unter den Begrifff des bestimmungsmäßigen Gebrauchs, nicht erklärlich, warum für sie eine besondere polizeiliche Erlaubnis verlangt wird. Es könnte dann höchstens eine polizeiliche Regelung des Gemeingebrauchs in Frage kommen, eine Ausübung der Ordnungs- oder Verkehrspolizei, wie es nach

---

247) In Staats- und Selbstverwaltung Bd. 4, S. 38.

248) S. 353 und 360.

249) S. 110.

250) In Stengels Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts unter „Wegerecht", § 3, V, S. 901 und § 5, III, S. 906.

251) Die öffentlichen Sachen, S. 29.

252) S. 769.

253) S. 312, Anm. 8, d.

254) S. 44 und 48.

255) Im Pr. Verw.-Bl. 1926/27, S. 62 und 64.

unserer Ansicht bei der Anweisung von Droschkenstandplätzen und Marktständen der Fall ist. Im übrigen erscheint es mir in sich widersprechend, daß Fleiner, der doch ein Privateigentum an den öffentlichen Sachen annimmt, das Eigentumsrecht bei einer — wie er selbst sagt — „Ausnutzung der öffentlichen Sachen zu individuellen Zwecken" völlig ausschaltet. Zu Unrecht beruft er sich [256]) auf gewisse Bestimmungen der Wassergesetzgebung. [257]) Es dürfte unzulänglich und zu äußerlich sein, die Zustimmung des Privateigentümers nur „in den Fällen zu verlangen, in denen durch die Ausübung des Sonderrechtes in die Substanz der Eigentumssache eingegriffen wird, oder die Eigentümerpflichten eine Veränderung erfahren". [258]) In solchen Fällen stimmt allerdings Fleiners Anschauung mit der unsrigen vollkommen überein. — Der Ansicht von Fleiner folgen in allen Punkten Herrnritt [259]) sowie im wesentlichen auch Theobald. [260])

Obwohl die Ausführungen von Bering ziemlich unklar sind, [261]) erscheint es doch richtig, ihn hier anzuschließen. Er sagt etwa folgendes: Das gemeine Gebrauchsrecht des Einzelnen an öffentlichen Wegen bezieht sich nur auf die Benutzung jeder Art der Personen- und Sachbeförderung. Die Benutzung zu anderen Zwecken hängt von der Zustimmung und Genehmigung der Wegepolizeibehörde ab. Derartige Sonderrechte können sich auf vorübergehende Benutzung oder auf dauernde Anlagen be-

[256]) Institutionen, S. 353, Anm. 44.

[257]) Wie wir im § 4 nach eingehender Erörterung festgestellt haben, trifft es nicht zu, daß im preußischen, badischen und sächsischen Wasserrecht die Sondernutzungen, die den „gesteigerten Gemeingebrauch" Fleiners ausmachen, lediglich an eine polizeiliche Erlaubnis geknüpft sind; vielmehr sahen wir, daß der Inhalt des vom Eigentümer ohne weiteres zu duldenden Gemeingebrauchs für Preußen in den §§ 25 und 26 und für Baden im § 12 erschöpfend aufgezählt ist, und daß die Ausübung der polizeilichen Gebrauchserlaubnis die privatrechtliche Eigentümerzustimmung stets zur notwendigen Voraussetzung hat. (Vergl. S. 32.) Ganz eindeutig wird dies, wie schon wiederholt erwähnt, im sächsischen Wassergesetz, auf dessen § 23 Fleiner sich an erster Stelle beruft, zum Ausdruck gebracht, wo es in dem von Fleiner anscheinend übersehenen § 26 ausdrücklich heißt, daß die polizeiliche Erlaubnis anderen gegenüber so lange keine Wirkung habe, als nicht der Antragsteller . . . die erforderlichen Befugnisse als Eigentümer oder aus einem sonstigen Rechtsgrunde besitzt."

[258]) Fleiner S. 355.

[259]) S. 389 ff.

[260]) Vergl. S. 40 ff., bes. S. 44/45 und S. 60 ff.

[261]) Vergl. S. 13/14 und S. 38.

eine Verkaufsbude, der polizeiliche Akt das primäre, die Gestattung durch den privatrechtlichen Akt des Eigentümers das sekundäre Moment ist. Nur wenn und soweit der Eigentümer die Wasserkräfte selbst oder durch andere nicht ausnutzt, greift der Staat im Interesse der allgemeinen Wasserwirtschaft mittels des Institutes der Verleihung in die Rechte des Privateigentümers ein. In diesem Falle erfolgt die Begründung der Nutzungsrechte allein durch hoheitlichen Akt.

Ganz allgemein können wir also sagen, daß grundsätzlich für jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung einer öffentlichen Sache die Genehmigung des Privateigentümers erforderlich ist, wenn diese Benutzung sich nicht auf einen Enteignungsakt oder auf eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung gründet. Soweit die Widmung sich über den Gemeingebrauch hinaus noch auf andere Nutzungsarten erstreckt (z. B. Anbau), liegt in der Zustimmung des Eigentümers zum Widmungsakt von vornherein zugleich die generelle Zustimmung zu allen darunter fallenden Sondernutzungsakten. In allen andern Fällen der Sondernutzung ist es für die Stellung des Privateigentümers ganz gleichgültig, ob dem Bewerber von der Polizei eine prekaristische Gebrauchserlaubnis oder durch Verleihung ein Nutzungsrecht eingeräumt worden ist; denn das berührt nur die polizeirechtliche Seite des Verhältnisses.

Für die Beziehung zwischen dem Unternehmer und dem Eigentümer der öffentlichen Sache kommen die Formen des Privatrechts in Frage, unter welchen zu wählen, den Beteiligten frei überlassen ist. Es besteht keine notwendige Korrelation zwischen der Rechtsform des öffentlichen und der des Privatrechts.[234]) In der Regel wird es sich zivilrechtlich um einen Mietvertrag handeln; auch die Gewährung eines bloß prekaristischen Besitzes ist möglich. Bei wichtigeren Unternehmungen gibt man — entsprechend der öffentlich-rechtlichen Verleihung — dem Institut der Dienstbarkeit (beschränkte persönliche oder Grunddienstbarkeit) den Vorzug. Es ist nicht notwendig, daß bei einer prekaristischen Gebrauchsüberlassung seitens der Polizei der Unternehmer sich auch seitens des Eigentümers der Sache der Gefahr jederzeitigen Widerrufs aussetzt, zumal die Polizei nur aus polizeilichen Gründen, der Eigen-

---

234) A. A. Hatschek, § 56, III; S. 433, der bei der polizeilichen Gebrauchserlaubnis auch seitens des Privateigentümers immer nur einen prekaristischen Besitzstand, bei der polizeilichen Verleihung dagegen stets ein auf die Dauer berechnetes privates Besitzrecht anzunehmen scheint.

tümer aber ohne jeden Grund seine Erlaubnis zurückziehen könnte. Ob polizeirechtlich ein dauerndes Nutzungsrecht oder eine widerrufliche Gebrauchserlaubnis vorliegt, muß also ausschließlich nach der Art des polizeilichen Aktes entschieden werden.[235])

Auch eine inhaltliche Abhängigkeit beider Akte voneinander besteht nicht. Weder ist der Privateigentümer verpflichtet, die in der Polizeierlaubnis etwa enthaltenen Bedingungen in seinen Privatvertrag mit dem Unternehmer aufzunehmen, noch hat die Polizeibehörde sich an die vom Eigentümer der öffentlichen Straße aufgestellten Bedingungen zu binden. In einer Entscheidung des OVG.[236]) hatte die Stadtgemeinde in Ch. einer Aktiengesellschaft gestattet, zur Wasserversorgung Rohre durch die Straßen zu legen, und zwar so, daß auf eine Entfernung von je 120 Metern ein Hydrant zu stehen käme. Bald entstanden Meinungsverschiedenheiten zwischen den Beteiligten, indem nämlich die Stadtverwaltung der Ansicht war, daß auf jeder Straßenseite alle 120 Meter ein Hydrant errichtet werden sollte, während der Unternehmer nur je einen Hydranten auf die Gesamtlänge von 120 Metern aufstellen wollte. Die für den Ausbau der Leitung durch die Krummenstraße nachgesuchte Genehmigung wurde von der Ortspolizeibehörde nur unter der Bedingung erteilt, daß auf jeder Straßenseite auf je 120 Meter ein Hydrant aufgestellt würde. Der Bezirksausschuß, bei dem die Gesellschaft gegen diese polizeiliche Verfügung Klage erhob, sah darin eine unzulässige Uebernahme der privatrechtlichen Abmachung in die polizeiliche Erlaubnis und hob die Verfügung insoweit, als die erteilte Genehmigung an jene Bedingung

---

[235]) Ein interessantes Beispiel für die Unklarheit über die Natur des Rechtsverhältnisses oder doch wenigstens für die Unkorrektheit des Ausdrucks bietet das Vertragsformular der Stadt Essen, das bei der Errichtung von Obstbuden Verwendung findet. Es heißt darin u. a.: „Die Stadtgemeinde erteilt vorbehaltlich der Zustimmung der staatlichen Polizeibehörde die Erlaubnis, eine Verkaufsstelle zum Feilhalten von Obst einzunehmen. . . . Als Gebühr werden monatlich . . . Goldmark erhoben. Bleibt der Mieter länger als fünf Tage mit der Zahlung im Rückstande, so gilt dieser Vertrag als sofort gelöst." Korrekterweise muß es heißen, daß die Stadtverwaltung, vorbehaltlich der „Erlaubnis der staatlichen Polizeibehörde", ihre Zustimmung oder Genehmigung für die Errichtung der Obstbude erteilt. Da der Händler, wie es am Ende richtig bezeichnet ist, als Mieter mit der Stadtgemeinde auf gleicher Basis einen bürgerlich-rechtlichen Mietsvertrag schließt, wird nicht eine „Gebühr erhoben", sondern hat er als Gegenleistung ein bestimmtes Entgelt zu zahlen.

[236]) Bd. 29, S. 442 ff.

geknüpft war, auf. Wenn nun das OVG. die Entscheidung des Bezirksausschusses wieder aufhob, so geschah das lediglich deshalb, weil die Bedingung, die auch der polizeilichen Verfügung beigefügt war, sich aus anderen polizeilichen Gesichtspunkten rechtfertigen ließ. Grundsätzlich führte es in Uebereinstimmung mit unserer obigen Auffassung aus: „Es ist weder richtig, daß die Polizeibehörde nur auf die Vorschriften in § 10, II, 17 ALR. angewiesen sei, so daß sie ihre Genehmigung erteilen müßte, wenn deren Voraussetzungen nicht vorliegen, noch ist es richtig, daß sich die Polizeibehörde an die vom Eigentümer der Straße aufgestellten Bedingungen zu binden habe. Die Entschließung der Polizeibehörde ist vielmehr eine selbständige, allerdings nach allen für sie in Betracht kommenden polizeilichen Rücksichten hin zu treffende.[237])

Die Frage der Ersitzung von Sondernutzungsrechten hat nach heutigem Recht kaum noch eine Bedeutung. Der Polizei gegenüber kann eine solche überhaupt nicht stattfinden. Aus dem Umstande, daß die Polizei gegen eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung der öffentlichen Sache nicht einschreitet, kann höchstens, wenn dafür ausreichende Anhaltspunkte vorliegen, auf eine stillschweigende, jederzeit widerrufliche Gebrauchserlaubnis geschlossen werden. Dagegen ist dem Eigentümer der öffentlichen Sache gegenüber eine Ersitzung gewisser dinglicher Rechte am Grund und Boden nicht ausgeschlossen, und diese kann daher die ausdrückliche Zustimmung des Eigentümers ersetzen, da wir uns hier auf dem Boden des Zivilrechts befinden. Es gelten dafür die — allerdings sehr strengen — Vorschriften des BGB. und zwar, da nur die Dienstbarkeiten in Betracht kommen, der § 900 Abs. II in Verbindung mit §§ 1029 bezw. 1090 Abs. II des BGB. Für die öffentlichen Wege, welche auf Grund des § 90 GBO. und der kgl. VO. vom 13. November 1899 wegen mangelnden Antrags nicht im Grundbuch eingetragen sind, richtet sich die Begründung einer Dienstbarkeit gemäß Art. 128 EG. BGB. nach den §§ 13 ff. I, 22 ALR. und § 625 I, 9 ALR., die für die „erwerbende Verjährung" 30jährige gutgläubige Ausübung des Rechtes vorschreiben.[238]) Praktisch werden solche Fälle nur selten vorkommen.

---

[237]) OVG Bd. 29, S. 445.

[238]) Vergl. Loomann, S. 29/30; OVG Bd. 69, S. 331 und Bd. 78, S. 292.

Nach all dem Gesagten kann es nicht mehr zweifelhaft sein, daß das Entgelt, welches der Eigentümer der betreffenden öffentlichen Sache in der Regel für die Gestattung der Sondernutzung verlangt, den Charakter einer privatrechtlichen Leistung hat. Eine Stadtgemeinde kann deshalb keine öffentlich-rechtliche Gebührenordnung für gewisse Benutzungsarten der Ortsstraßen erlassen. Eine solche wäre ungültig. Vielmehr ist die Gemeinde, wie jeder Privatmann, wenn sie nicht im Wege der freien Vereinbarung zu einem Abkommen gelangen kann, genötigt, vor dem ordentlichen Richter auf Zahlung einer entsprechenden Vergütung oder auf Beseitigung der betreffenden Anlage zu klagen.[239])

Man hat gegen die hier vertretene Auffassung über die Rechtsverhältnisse bei der Sonderbenutzung der Sachen des Gemeingebrauchs den Einwand erhoben, daß sie allerhand Schikanen von Seiten des Privateigentümers Tür und Tor öffne.[240]) Dem ist nicht so, wie es auf den ersten Blick wohl scheinen möchte. Untersuchen wir daraufhin die verschiedenen Arten der Sondernutzungen, die wir von diesem Gesichtspunkt aus in drei Klassen eingruppieren können.

Wenn es sich um Anlagen handelt, bei denen öffentliche Interessen im Vordergrunde stehen, privatwirtschaftliche Momente höchstens in zweiter Reihe mitspielen, so ist gegen einen obstinaten Eigentümer das Enteignungsverfahren nach dem Gesetz vom 11. Juli 1874 zulässig.

Handelt es sich aber lediglich um die Verfolgung rein privater Interessen, wie dies z. B. bei der Errichtung von öffentlichen Verkaufsständen, der Aufführung von Schaustellungen etc. der Fall ist, so entspricht es durchaus der Billigkeit, den Eigentümer, und da dies zumeist die wegebaupflichtige Gemeinde ist, die lastentragende Allgemeinheit, an den Vorteilen, die der Gebrauch der öffentlichen Sache gewährt, zu beteiligen. Die Schikane, die der Eigentümer, sei es die Gemeinde oder ein Privater treiben könnte, pflegt da aufzuhören, wo die eigenen Interessen beginnen. Wenn daher die Entschädigungsansprüche des Eigentümers zu hoch sein sollten, so wird auch hier das wirtschaftliche Gesetz von Angebot und Nachfrage den richtigen Ausgleich schaffen.

Was bei den Anlagen in rein privatwirtschaftlichem Interesse gesagt ist, gilt auch dann, wenn private und öffent-

---

[239]) Vergl. OVG 35, 27 und 28, 74 ff.

[240]) S. Hawelka S. 123 und Herrnritt, S. 392.

auch nicht unter den ursprünglichen Gemeinzweck der Straße fällt, so bildet ihre Zulassung bei ihrer Verträglichkeit mit dem Gemeingebrauch lediglich eine Erweiterung der eigentlichen Zweckbestimmung des öffentlichen Weges, die dessen Verwaltung zugehört.[282]) „Die Wegeverwaltung ist nun dabei offenbar nicht lediglich als Instanz der Wegebaulast beteiligt, sondern als Wegeherrschaft, als Inbegriff der öffentlichen Straße". „Die Einwilligung des Privateigentümers am Straßengelände spielt dabei natürlich", wegen der oben erwähnten Auffassung Theissigs über die Bestimmung der öffentlichen Straßen, „keine Rolle".[283])

Man merkt es den Ausführungen Theissigs an, daß sie ausschließlich auf die Rechtsverhältnisse bei der Anlegung von Kleinbahnen und auf die Rechte der Straßenbahngesellschaften zugeschnitten sind. Es dürfte viel zu weit gehen, wollte man der Verwaltung zugestehen, die Straße ohne weiteres solchen Sonderzwecken Dritter dienstbar zu machen, bei denen es sich um die Bezung der Straße gerade in ihrer Eigenschaft als Leiterin des öffentlichen Verkehrs handelt. Das ist letzten Endes auch bei jeder Obstbude der Fall und bei jedem Stiefelputzer, der seinen Standort darauf einnimmt. Gerade bei der Anlegung von Straßenbahnen, die in so hohem Maße in die Substanz der öffentlichen Sache eingreifen und sie von Grund aus ändern, kann unmöglich eine generelle Einwilligung des der Widmung zustimmenden Privateigentümers vorausgesetzt werden, und dies umso weniger, als kaum eine Straße von vornherein als dem Kleinbahnverkehr gewidmet anzusehen ist, im Gegensatz zu ihrer Bestimmung für den Anbau und den Gemeingebrauch. Wir haben oben (S. 67 f.) bereits darauf hingewiesen, daß der Verkehrszweck der öffentlichen Straße nicht derart ist, daß um sie zu benutzen, erst Schienen eingebaut und Leitungsmasten errichtet werden müssen. Die Kleinbahnen stellen eben eine besondere Art öffentlicher Verkehrsanstalten dar, welche dem Verkehr in anderer Weise und zu anderen Zwecken dienen, wie die öffentlichen Wege, und deshalb kann auf die Mitwirkung des Wegeeigentümers bei der Anlegung von Straßenbahnen auf öffentlichen Wegen nicht verzichtet werden, ohne seine Rechte erheblich zu verletzen. Für Preußen geht dieses auch, wie

---

[282]) A. a. O. S. 25.

[283]) Vergl. auch S. 29: „Folglich ist die Verleihung auch dann, wenn der kommunale Inhaber des öffentlichen Rechtes nach öffentlichem Recht selbst auch solcher nach Privatrecht ist, nicht ein Ausfluß des Zivileigentums, sondern ein wegehoheitlicher Akt."

S. 18 f. ausgeführt ist, aus dem Kleinbahngesetz vom 28. Juli 1892 hervor.

Unter dieser Rubrik ist zum Schluß noch Herbert Schelcher zu erwähnen. In seiner Abhandlung in Fischers Zeitschrift Bd. 31, teilt er die verschiedenen an öffentlichen Wegen denkbaren Rechtsbeziehungen ein 1. in solche, die nur den Weg als den Träger des öffentlichen Verkehrs erfassen, 2. in solche, die ganz von der öffentlichen Eigenschaft des Weges absehen und nur den Grund und Boden an sich in Anspruch nehmen und 3. in solche, die beide Eigenschaften des Weges berühren.[284]) Die ersteren interessieren seiner Ansicht nach allein den Herrn des öffentlichen Weges, die zweiten nur den Privatberechtigten und die dritten, sowohl den öffentlichen Wegeherrn als auch den Privateigentümer.

Der Wegeherr ist der Staat (oder eine seiner untergeordneten Gebietskörperschaften) als Träger der öffentlichen Gewalt, nicht etwa als Privateigentümer des Grund und Bodens. In seinem Herrschaftsrechte sind enthalten sämtliche Befugnisse, deren er zur Verwaltung und Erhaltung der Sache in ihrem bestimmungsgemäßen Zustande bedarf.[285]) Die öffentlich-rechtliche Befugnis der Verwaltung umschließt aber auch die Pflicht der Unterhaltung des Weges. Schelcher gibt daher auf S. 60 selbst zu, daß der Herr des öffentlichen Weges in der Regel mit dem Wegeunterhaltungspflichtigen identisch ist. „Der Wegeunterhaltungspflichtige ist oft geradezu eine Bezeichnung für den Herrn des öffentlichen Weges, wie überhaupt die öffentliche Wegeverwaltung eher eine Summe von Pflichten als von Befugnissen darstellt.“[286])

Diejenigen Rechtsbeziehungen nun, welche den Weg nur in seiner Eigenschaft als Träger des öffentlichen Verkehrs erfassen, fallen nach Schelcher ausschließlich in den Bereich des öffentlichen Rechts, und über die Zulassung derartiger Sondernutzungen, zu welchen er auch das Aufstellen von Verkaufsbuden und das Legen von Straßenbahngeleisen zählt, entscheidet nach ihm allein der „Herr der öffentlichen Sache“.[287]) Als Kriterium, ob eine Sondernutzung unter das öffentliche oder das private Recht fällt, läßt er den Gesichtspunkt maßgebend sein, ob die betreffende Einrichtung auch dann noch ihren Zweck erfüllt, wenn der öffentliche

---

284) Fischers Zeitschr. Bd. 31, S. 63/64.

285) A. a. O. S. 55/56.

286) Fischers Zeitschr. Bd. 31, S. 60, Anm. 53.

287) A. a. O. S. 64/65.

Weg eingezogen wird. Ist sie zu verneinen, so ist nur öffentliches Recht im Spiele, ist sie zu bejahen, so greift auch das bürgerliche Recht ein und zwar ausschließlich, wenn der öffentliche Verkehr in keiner Weise tangiert wird; andernfalls ist zu der betreffenden Anlage die öffentlich-rechtliche Nutzungsbefugnis und die Zustimmung des Privateigentümers erforderlich. Zu den seltenen Fällen der letzteren Art rechnet Schelcher beispielsweise Eisenbahnen oder ähnliche größere Verkehrsinstitute (die elektrischen Hoch- und Untergrundbahnen in Berlin), „deren Geleise zwar in den öffentlichen Weg eingelegt sind, deren Bedeutung aber das Interesse an den von ihnen benutzten Wegen wesentlich übersteigt". [288])

Der Angelpunkt der Schelcherschen Anschauung liegt darin, daß er, ausgehend von der Teilung des Wasserlaufs in Flußbett und Wasserwelle, auch dem Weg ein doppeltes Wesen gibt, erstens als Grund und Boden und zweitens als Leiter des Verkehrs. So kommt er dazu, alle Rechtsbeziehungen des Weges, die seinen öffentlichen Zweck, den allgemeinen Verkehr berühren, grundsätzlich und ausschließlich ins öffentliche Recht zu verweisen und jegliche privatrechtliche Funktion vollkommen auszuschalten, wenn der Verkehrszweck auch nur irgendwelche Wirkungen ausstrahlt. Hiermit räumt er dem öffentlichen Recht eine absolute Vormachtstellung gegenüber dem Privatrecht ein. [289]) Infolgedessen ist es verwunderlich, daß er überhaupt noch Fälle konstruiert, in denen ein Zusammenwirken von Privateigentümer und öffentlichem Wegeherrn erforderlich ist. Warum wird nicht gleich ein „öffentliches Eigentum" am öffentlichen Wege angenommen? Tatsächlich hat Schelcher späterhin diesen kleinen Schritt getan, indem er in seinem Artikel über die Lehre vom öffentlichen Eigentum in Fischers Zeitschrift Bd. 48 sich rückhaltlos zur Lehre Otto Mayers bekennt. [290]) Die öffentliche Eigentumstheorie aber und ihre Anhänger interessieren uns hier nicht weiter, da wir diese bereits eingangs aus den Kreis unserer Erörterungen ausgeschieden haben.

IV. Das Charakteristikum der nächsten Gruppe besteht darin, daß ihre Autoren alle eine völlig selbständige Ansicht haben, die sich nirgends angliedern läßt. An erster Stelle ist da Hawelka

---

[288]) A. a. O. S. 66.

[289]) A. a. O. S. 51/52 und S. 54.

[290]) Fischers Zeitschr. Bd. 48, S. 445, Anm. 1.

zu nennen, dessen Unterscheidung in der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache, je nachdem ob sie im Privateigentum einer öffentlichen Körperschaft oder im Eigentum eines Privaten steht, bereits oben [291]) dargelegt und kritisiert worden ist. Aus dieser Unterscheidung, die in ihrem Grundgedanken auf der dem österreichischen Recht eigentümlichen Einteilung der Objekte in „Staats"- und „Privat"-Gut basiert, [292]) ergibt sich für Hawelka die Folgerung, daß die Gewährung von Sondernutzungen an Sachen, die sich im Privateigentum von Personen des öffentlichen Rechts befinden, allein durch einen obrigkeitlichen Akt erfolge, weil die öffentliche Person sich aller Rechte aus ihrem Privateigentum begeben habe. „Eine Ausübung des Eigentums liegt hier nicht vor." [293]) Es handelt sich m. E. dann nach Hawelka um einen Verwaltungsakt der zuständigen Polizeibehörde. Wenn aber „die Behörde, welche die Straßennutzung gewährt, zugleich ein Organ jener Körperschaft ist, in deren Eigentum sich die öffentliche Sache befindet", — was in der Mehrzahl der Fälle zutrifft — so ist der obrigkeitliche Akt nach Hawelka „Eigentumsausübung", aber nicht privatwirtschaftliche, sondern Eigentumsausübung in öffentlich-rechtlicher Form. [294]) Diese Auffassung Hawelkas ist mir nur dann verständlich, wenn man annimmt, daß er auf dem Boden der öffentlichen Eigentumstheorie steht. Letztere lehnt er jedoch vollständig ab. [295])

Wenn der öffentliche Weg im Eigentum einer Privatperson steht, so ist für Hawelka die Rechtslage eine andere. Der Eigentümer braucht dann, wie nach unserer Ansicht, nur den Gemeingebrauch zu dulden. Jede darüber hinausgehende Benutzung der Sache bedingt neben der behördlichen (polizeilichen) Erlaubnis eine besondere Genehmigung des Privateigentümers. [296]) So kommt Hawelka denn zu dem seltsamen und wenig befriedigenden Ergebnis, daß in derselben Gemeinde Vorbauten über die Baufluchtlinie (Erker, Freitreppen u. ä.), einer verschiedenen rechtlichen Würdigung unterliegen, indem nämlich für eine solche Benutzung bei Straßen im Eigentum der Kommune die behördliche (baupolizeiliche) Bewilligung ausreicht, während bei öffentlichen

---

[291]) Vergl. S. 73 ff.
[292]) Vergl. § 286 österr. BGB.
[293]) Hawelka S. 138.
[294]) Hawelka S. 138/139.
[295]) Vergl. Hawelka S. 59 ff. und S. 142 f.
[296]) Vergl. Hawelka S. 113 ff., 122 ff. und 143.

ziehen. Für die letzteren genügt die Genehmigung der Wegepolizeibehörde allein noch nicht, vielmehr muß die Zustimmung des Wegeeigentümers bezw. des Wegebaupflichtigen noch hinzutreten, weil dieselben keinerlei Verpflichtung haben, derartige über die Zweckbestimmung hinausgehende Belastungen des Wegebesitzers zu dulden.[262]) Bering scheint also das Kriterium über die Frage, ob und inwieweit die Eigentümerzustimmung bei der Sondernutzung erforderlich ist, in dem Umstand zu finden, ob die Benutzung vorübergehender oder dauernder Natur ist.

III. Das einigende Band der nächsten Gruppe ist der Begriff des „Wegeherrn", mit dem Kormann, Schmidt (Grimma) und Theissig, ohne Anhänger der öffentlichen Eigentumstheorie zu sein, operieren. Kormann, der in seinen „Rechtsgeschäftlichen Staatsakten" noch ganz und gar unseren Standpunkt vertritt,[263]) betont in seiner, wenige Jahre später erschienenen Abhandlung über das sächsische Wegerecht[264]) wesentlich stärker die öffentlich-rechtliche Seite der Sonderrechtsverhältnisse. Zunächst bewegt er sich, was die Einteilung der Gebrauchsarten angeht, ganz in den Bahnen Fleiners,[265]) und verlangt wie dieser für die Ausübung des „gesteigerten Gemeingebrauchs" nur eine Erlaubnis der Wegepolizeibehörde.[266])

Die Begründung eines Sondergebrauchs geschieht aber nach Kormann durch den „Herrn des öffentlichen Weges", der mit dem Wegeunterhaltungspflichtigen identifiziert werden darf.[267]) Dieser kann, soweit er auch das privatrechtliche Eigentum hat, — was ja die Regel ist, — sich vier verschiedener Rechtsformen bei der Gestaltung von Sondernutzungen bedienen: Einräumung obligatorischer Privatrechte, Einräumung dinglicher Privatrechte, Erteilung öffentlich-rechtlicher Gebrauchserlaubnisse und Verleihung öffentlich-rechtlicher Gebrauchsrechte.[268]) Kormann

---

[262]) Vergl. S. 13/14.

[263]) Vergl. a. a. O. S. 97, nur daß er die Bedeutung der beiden Akte ins umgekehrte Verhältnis setzt. Die Zustimmung des Eigentümers sieht er als den „das Recht selbst schaffenden Akt" an, während die Erlaubnis der Polizeibehörde lediglich zur Ausübung des vom Eigentümer begründeten Rechts erforderlich ist, ein Standpunkt, den wir auf das Gebiet des Wasserrechts beschränkt haben. (Vergl. S. 79 f.)

[264]) In Fischers Zeitschr. Bd. 47, S. 1 ff.

[265]) Vergl. Fischers Zeitschr. Bd. 47, S. 13.

[266]) A. a. O. S. 13.

[267]) A. a. O. S. 12.

[268]) A. a. O. S. 92.

muß jedoch zugeben,[269]) daß der Wegeherr dort, wo er zugleich als Wegeeigentümer privatrechtliche Sondergebrauchsrechte einräumt, dies eben nur deswegen kann, weil er auch Wegeherr ist, und in dieser Eigenschaft zugleich jenem privatrechtlichen Akt zustimmt. Außerdem verlangt Kormann noch eine besondere Erlaubnis der Wegepolizeibehörde.[270]) Also handelt es sich doch nicht um rein privatrechtliche Akte und reine Privatrechte.

Wenn nun der Wegeherr ausnahmsweise nicht Eigentümer des Wegegebietes ist, so kommen nur die beiden öffentlich-rechtlichen Formen in Betracht. Da nun die Sondernutzungen nach Kormann[271]) lediglich aus der unabhängig von dem Privateigentum bestehenden Wegeherrschaft abgeleitet werden, daher mit deren Aufhören auch von selbst verschwinden, und somit — seiner Ansicht nach — das Recht des Eigentümers nicht beeinträchtigen, so ist bei ihm auch für einen besonderen Zustimmungsakt des Eigentümers kein Raum mehr. Kormann suspendiert also das Eigentumsrecht während der Dauer des öffentlichen Dienstes vollständig. In dieser Hinsicht kommt er H. Schelcher nahe, auf den er auch Bezug nimmt,[272]) und dessen Ansicht wir noch später behandeln werden. Im Gegensatz hierzu betonte Kormann in seinen „Rechtsgeschäftlichen Staatsakten" m. E. durchaus richtig, daß, wie einerseits die bloße Verleihung seitens des Wegeeigentümers nicht gegen den Einspruch der Wegepolizeibehörde wegen Polizeiwidrigkeit schützt, so schütze andererseits die bloße Polizeierlaubnis nicht gegen den Einspruch des Eigentümers wegen Rechtswidrigkeit. Vielmehr habe dieser das Recht, die Beseitigung der „erlaubten" aber rechtswidrigen Anlagen zu verlangen.

„Mit einer gewissen Schärfe" verwirft Schmidt (Grimma) die Einteilung in Gebrauchserlaubnis und Nutzungsverleihung. Statt dessen erweitert er den Umfang des Gemeingebrauchs in einem ungewöhnlichen Ausmäße, indem er den Begriff der „Unschädlichkeit" einführt und definiert:[273]) „Gemein ist derjenige Gebrauch, der seiner Art nach weder den Weg mit seinen Nebenanlagen, noch den übrigen unschädlichen Gebrauch, noch die öffentlich-rechtlich zugelassenen Anlagen, die mit dem Wege in Verbindung stehen, erheblich zu schädigen geeignet ist". „Bestimmte Akte

[269]) A. a. O. S. 93.
[270]) A. a. O. S. 93 III.
[271]) A. a. O. S. 92.
[272]) A. a. O. S. 92, Anm. 1.
[273]) Fischers Zeitschr. Bd. 47, S. 60.

des noch unschädlichen Gebrauchs können jedoch derart sein, daß die Gefahr einer erheblichen Schädigung besteht", und diese faßt er unter den Begriff des „gesteigerten Gemeingebrauchs", ohne aber dasselbe damit sagen zu wollen wie Fleiner. Diese Gebrauchsarten unterliegen zwar in erhöhtem Maße der generellen polizeilichen Regelung, „die sogar bis zum Verbote mit Erlaubnisvorbehalt fortschreiten kann", aber grundsätzlich ist der gesteigerte Gemeingebrauch, ebenso wie der gewöhnliche Gemeingebrauch ein Ausfluß der persönlichen Freiheit, deren Ausübung prinzipiell keiner behördlichen Verfügung oder Erlaubnis bedarf.[274]) Es handelt sich nach seiner Aufzählung hierbei um das Einrichten von fliegenden Verkaufsständen, einschließlich der Wochen- und Jahrmarktsstände, das Halten an Omnibus- und Droschkenhaltestellen, das Anbringen von größeren Schildern, die in den Luftraum ragen, und besonders um den Wagenverkehr mit schwersten, verkehrsgefährdenden Lasten.

Diesem Gemeingebrauch stellt Schmidt die „besonderen Nutzungen" gegenüber, die in der Regel auf die Dauer berechnet, den Wegezustand nicht unerheblich in Mitleidenschaft ziehen. Da dem Sondernutzungsberechtigten ein Recht gegeben wird, das an sich nur dem Staate zusteht, so kann es ihm nur durch eine öffentlich-rechtliche Verfügung, „die Verleihung", und zwar nur vom Wegeherrn übertragen werden.[275])

Als Wegeherrn konstruiert Schmidt ein „durchaus eigenartiges" dabei aber so verworrenes Rechtsgebilde, daß es schwer ist, sich davon einen klaren Begriff zu machen. Er selbst definiert den Wegeherrn als „diejenige öffentlich-rechtliche Person, die den Weg zum Nutzen der Allgemeinheit beherrscht und verwaltet".[276]) Darunter könnte man ebensogut die Wegepolizeibehörde, wie den Wegeunterhaltungspflichtigen verstehen. An einer anderen Stelle bezeichnet er die Wegeherrschaft als „öffentlich-rechtliche Herrschaft über den öffentlichen Weg mit dem Zwecke, ihn für den allgemeinen Verkehr herzurichten und tüchtig zu erhalten".[277]) Auf S. 103 heißt es: „Da die Wegeherrschaft Sorge für den Wegezustand im Interesse des allgemeinen Verkehrs ist . . ." und auf S. 101 sagt Schmidt bei der Prüfung, ob gewisse Aufgaben zur Wegeherrschaft gehören: „Sie gehören nicht zu ihr, denn sie die-

---

274) A. a. O. S. 64/65.
275) A. a. O. S. 70.
276) A. a. O. S. 93 ff., bes. S. 95.
277) A. a. O. S. 96.

nen nicht oder wenigstens nicht vorwiegend der Ermöglichung oder Erhaltung des allgemeinen Verkehrs, zum Teil haben sie auch nicht die Wegesubstanz zum Gegenstand". Demnach dürfen wir wohl annehmen, daß der Wegeherr bei Schmidt im wesentlichen mit dem Wegebaupflichtigen identisch ist.

Der Wegeherr ist verpflichtet, vor der Verleihung einer „besonderen Nutzung" der Polizei Gelegenheit zu geben, von ihrer regelnden Befugnis Gebrauch zu machen; dagegen hält Schmidt es im Gegensatz zu Kormann nicht für erforderlich, daß ein besonderer Erlaubnisakt der Polizei neben der Verleihung hergehen muß.[278]) Völlig unabhängig von all diesen Fragen will Schmidt die Stellung des Eigentümers des Wegeareals behandelt wissen. Er geht hierbei von der Widmung aus, in der er eine Entäußerung der privaten Verfügungsgewalt zugunsten der öffentlichen Gewalt erblickt und zwar „für alle die Verhältnisse, die der allgemeine Verkehr mit sich bringt, und für solche Beziehungen, die mit ihm im regelmäßigen Lauf der Dinge in Verbindung stehen". Können wir schon seinem Unschädlichkeitsbegriff eine rechtliche Haltbarkeit nicht zuerkennen, so verliert er sich mit dieser Definition völlig ins Uferlose, denn es gibt nur äußerst wenig Nutzungsarten an öffentlichen Wegen, die keinerlei Beziehung oder Verbindung mit dem allgemeinen Verkehr haben. So verlangt denn auch Schmidt die Zustimmung des Privateigentümers nur in den Fällen, in denen die Benutzung ihre Wirkung voraussichtlich über den Zeitpunkt hinaus äußern wird, bis zu dem das betr. Grundstück als öffentlicher Weg gewidmet bleibt. Wenn man schon der Schmidt'schen Ansicht folgen will, so könnte man auch diesen kärglichen Rest des Eigentümerrechtes noch beseitigen, der nämlich, wie Guba[279]) richtig ausführt, in den überaus meisten Fällen einen Gegenwartswert nicht hat.

Auf eine gänzliche Ausschaltung des Privateigentümers hat es Theissig[280]) abgesehen. Nach ihm erschöpft sich die Bestimmung der öffentlichen Straße nicht in dem Gemeingebrauch, sondern die Verwaltung ist berufen, sie Sonderzwecken Dritter dienstbar zu machen, die darauf berechnet sind, gerade die Eigenschaft der Straße als Leiterin des Verkehrs zu nutzen.[281]) Wenn eine solche Sondernutzung wie z. B. ein Straßenbahnunternehmen

---

[278]) A. a. O. S. 70.
[279]) S. 79.
[280]) In Fischers Zeitschr. Bd. 37, S. 1 ff.
[281]) A. a. O. S. 29.

Straßen, deren Eigentum einem Privaten zusteht, neben „der besonderen Bewilligung der Baubehörde noch die Zustimmung des Grundeigentümers erforderlich ist". [297])

Goez unterscheidet, ähnlich wie Bering, bei den über den Gemeingebrauch hinausgehenden Nutzungen zwischen solchen, die nur vorübergehend und solchen, die dauernd das Areal in Anspruch nehmen. Für erstere verlangt er nur eine ortspolizeiliche Erlaubnis; bei letzteren, wo es sich um die Einräumung eines dauernden Sonderrechtes handelt, außerdem noch die Zustimmung der Gemeindebehörde. Diese kann erfolgen, entweder in der öffentlich-rechtlichen Form der Verleihung oder in der Form eines Privatrechtsgeschäftes. [298]) Welche Form im einzelnen Falle vorliegt, kann zweifelhaft sein. Das Kriterium findet er darin, ob mit der Einräumung des Sonderrechts eine Straßenfläche dem öffentlichen Verkehr entzogen wird, wie beim Aufstellen von Plakatsäulen und ständigen Verkaufsbuden, oder ob die betroffene Straßenstrecke dem öffentlichen Verkehr erhalten bleibt, wie bei der Einlegung von Bahnschienen oder Privatleitungen. Im ersteren Falle hält er einen privatrechtlichen Mietsvertrag für vorliegend, im zweiten Fall soll die Vermutung für den öffentlichen Charakter des Sonderrechts sprechen.

Zu der Ansicht von Goez ist zunächst zu sagen, daß es für die Beurteilung von Rechtsverhältnissen vollkommen gleichgültig sein dürfte, ob die Einwirkung auf eine Sache vorübergehenden oder dauernden Charakter trägt. Was er dann über die Zustimmung der Gemeindebehörde sagt, entbehrt jeglicher Motivierung, abgesehen davon, daß er nichts darüber erwähnt, was er eigentlich unter der „Verleihung" seitens der Gemeindebehörde versteht, und wie er dieselbe rechtlich konstruiert.

Apelt, der in seinem Buche „Der verwaltungsrechtliche Vertrag" das Bestehen öffentlich-rechtlicher Verträge nachweisen und ihre Kriterien feststellen will, untersucht die verschiedentlichsten Erscheinungsformen des Verwaltungsrechts auf ihre Zugehörigkeit zu seinem Begriff des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Besondere Schwierigkeiten bieten ihm dabei nach seinen eigenen Worten die Fälle, „in denen der Staat oder die Gemeinden ihre öffentlichen Wege einem Unternehmer zu einer besonderen Benutzung zur Verfügung stellen". [299]) In allen diesen Fällen ist eine Erlaubnis

[297]) Hawelka S. 122 f.
[298]) Goez, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 387 und 395 ff.
[299]) Apelt S. 142.

der Wegepolizeibehörde, die sich als „obrigkeitliche Verfügung" und nicht als „rechtsgeschäftliche Willensvereinbarung" darstellt, auch nach der Ansicht von Apelt erforderlich. Hinzutreten muß aber noch die Zustimmung der „die Wegeverwaltung führenden Stelle", die regelmäßig, jedoch nicht ausnahmslos, auch Eigentümerin des Grund und Bodens ist. Bei dieser Zustimmung „handelt es sich aber ebensowenig um einen Vorgang privatwirtschaftlicher Art, wie um einen Akt obrigkeitlichen Charakters. Die Gemeinde betätigt sich vielmehr in einer ihr innewohnenden dritten Eigenschaft, in der sie dem unmittelbaren öffentlichen Interesse dienende und daher in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts sich bewegende öffentliche Verwaltung übt . . . Sie ordnet darum den vorliegenden Tatbestand nicht durch einseitigen autoritativen Akt und nicht durch privatrechtlichen Vertrag, sondern in Formen des öffentlich-rechtlichen Rechtsgeschäftes". [300]) Die Gemeinde handelt als Trägerin der Wegeverwaltung; darunter sind nach Apelt nicht die polizeilichen Funktionen zu verstehen, sondern die Aufgaben, „den Weg nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu unterhalten". Daß die Gemeinde in der Regel auch noch Eigentümerin des Weges ist, hält er für gänzlich unbedeutend. Wenn daher der Weg im Eigentum einer Privatperson steht, kommt eine Mitwirkung derselben garnicht in Frage. Hier erscheint mir die Auffassung Apelts, auf dessen Lehre vom verwaltungsrechtlichen Vertrag nicht näher eingegangen werden kann, unrichtig. Er geht nämlich davon aus, „daß das Eigentum an dem, dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Grund und Boden, solange diese Zweckbestimmung dauert, keinerlei tatsächlichen Inhalt haben könne, da die öffentlich-rechtliche Bedeutung der Verkehrsanstalt diesen Boden voll erfaßt habe, und jede Verfügung über ihn ausschließe, die mit dieser Zweckbestimmung nicht vereinbar sei". [301]) Dies trifft nicht zu. Richtig ist nur, daß der Eigentümer allein keine Verfügung treffen kann, die mit der öffentlichen Zweckbestimmung nicht vereinbar ist. Andrerseits ist aber das Eigentumsrecht nur soweit beschränkt, als die Zweckbestimmung reicht, und ist keineswegs nur ein „nudum jus", jeden Inhalts beraubt. Deshalb berühren Verfügungen über den öffentlichen Weg, die nicht in den Rahmen seiner eigentlichen Zweckbestimmung fallen, das Recht des Grundeigentümers und be-

[300]) Apelt S. 144.

[301]) Apelt S. 146.

dingen zu ihrer Rechtmäßigkeit seine Genehmigung. Ob und inwieweit bei der Sondernutzung öffentlicher Straßen daneben auch eine Vereinbarung mit der „Wegeverwaltung" im Sinne Apelts, also mit dem Wegebaupflichtigen, erforderlich ist, geht über den Rahmen dieser Arbeit hinaus und soll daher hier nicht näher untersucht werden.

# IV. Abschnitt.

## § 9. Zusammenfassung der Ergebnisse.

Wenn wir nun zum Schluß noch einen kurzen Rückblick über diese Abhandlung werfen, so können wir folgende besonderen Ergebnisse feststellen:

Wir haben eine klare Grenzlinie gezogen zwischen dem Gemeingebrauch und dem Sondergebrauch an den Sachen des Gemeingebrauchs. Dabei haben wir speziell auf dem Gebiete des Wegerechts aus dem Bereich des Gemeingebrauchs die unter dem Gesichtspunkt des Anbaues stattfindenden besonderen Nutzungen der Anrainer ausgeschieden; dagegen haben wir in denselben einbezogen das Aufstellen von Verkaufsständen auf Jahr- und Wochenmärkten.

Auf dem Gebiete des Sondergebrauchs führten wir eine neue Unterscheidung ein, indem wir die Sondernutzungen einteilten in solche, welche rein privatwirtschaftlichen Zwecken und in solche, welche öffentlichen Interessen dienen, einen öffentlichen Verwaltungszweck erfüllen. Auf dieser Unterscheidung beruht dann wesentlich auch die Frage, welche Einwirkungen der Privateigentümer der öffentliche Sache ohne weiteres zu dulden hat, wohin z. B. alle Folgeerscheinungen des Anbaues gehören.

Wir haben fernerhin das Gesetzesmaterial — unter besonderer Berücksichtigung des preußischen Rechts — daraufhin untersucht, in welcher Weise dort das Recht des Privateigentümers, vor allem bei der Einräumung von Sondernutzungen, geregelt worden ist, um so eine Grundlage und einen Prüfstein für die theoretischen Untersuchungen zu gewinnen.

Bei letzteren war von der Widmung auszugehen. Bei der Untersuchung über die Rechtsnatur der Widmung sind wir zu dem Ergebnis gekommen, daß — im Gegensatz zu der herrschenden Anschauung — die Zustimmung des Eigentümers zum Widmungsakt nicht wesentlicher Bestandteil desselben ist, sondern nur Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des die Widmung allein darstellenden polizeilichen Aktes, und daß das Fehlen der Eigentümerzustimmung denselben nicht nichtig, sondern bloß anfechtbar macht. Aus der Erkenntnis heraus, daß im Wasserrecht bei den natürlichen Wasserläufen eine Widmung nicht in Frage kommt,

stellten wir wesentliche Unterschiede in der Behandlung des Wege- und des Wasserrechtes fest.

Wir haben es dann unternommen, die verschiedenen Möglichkeiten zu konstruieren und zu lösen, die sich für die Rechtslage des Eigentümers ergeben, wenn sein Eigentum ohne seine Genehmigung zur öffentlichen Sache gestempelt worden ist. Als Voraussetzung hierzu war, da wir die öffentlichen Wege als Schulbeispiel auch für unsere Ausführungen herangezogen haben, die grundsätzliche Darlegung des bisher ungeklärten Verhältnisses zwischen Widmung und Inanspruchnahmeverfügung erforderlich.

Es ist allgemein bekannt und anerkannt, daß das Recht des Eigentümers durch die Widmung beschränkt wird. Wir haben versucht, den U m f a n g dieser Beschränkung möglichst genau und systematisch aufzuzeigen. Daraus ergab sich dann von selbst die Folge, daß in allen Fällen, die nicht von der generellen Zustimmung des Eigentümers zur Widmung gedeckt werden, eine spezielle Genehmigung des Privateigentümers notwendig ist, sofern nicht eine besondere gesetzliche Regelung existiert. Diese Genehmigung des Eigentümers bildet nach unseren Untersuchungen, analog dem Verhältnis beim Widmungsakt, mit der polizeilichen Erlaubnis keine Einheit. Zum Unterschied aber von der Widmung ist hier bei der Gestattung von Sondernutzungen der polizeiliche Akt seiner Begründung und Geltung nach auch ohne die Eigentümerzustimmung vollkommen rechtmäßig und fehlerfrei; nur die A u s ü b u n g der durch ihn vom polizeilichen Standpunkt aus gewährten Erlaubnis ist von der Genehmigung des Privateigentümers abhängig.

In der Wertung dieser beiden Akte der Polizeibehörde und des Privateigentümers stellten wir einen Unterschied zwischen dem Wege- und Wasserrecht fest. In jenem hat die Polizeigewalt das Uebergewicht, in diesem das Eigentümerrecht. In beiden Fällen aber sind sowohl der Akt der Polizeibehörde als auch die privatrechtliche Zustimmungserklärung ihrer Rechtsform und ihrem Inhalt nach vollkommen unabhängig von einander, so daß ein notwendiges Korrelationsverhältnis zwischen den beiden Akten nicht besteht. So führt das Eigentumsrecht neben der Polizeigewalt ein selbständiges, wirksames und lebensfähiges Dasein.

# Literatur-Verzeichnis.


Apelt, W.: Die rechtliche Natur der Erlaubnis besonderer Wassernutzung nach dem sächsischen Wassergesetz vom 12. März 1909 in Fischers Zeitschr. Bd. 46, S. 325 ff.

— Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig 1920.

v. Arnstedt, Osk.: Die Wegeordnung für die Provinz Sachsen, vom 11. Juli 1891, Berlin 1892.

Baltz: Preußisches Baupolizeirecht, neu herausgegeben von F. W. Fischer, Berlin 1926.

Bekker: System des heutigen Pandektenrechts, Weimar 1886/89.

Bering, Rudolf: Die Rechte an öffentlichen Wegen, Berlin 1894.

Biermann: Die öffentlichen Sachen, Gießener Programm 1905.

— Privatrecht und Polizei in Preußen, Berlin 1897.

v. Blume: Das Recht der Anlieger an öffentlichen Straßen, in der Festgabe für Schirmer, Königsberg 1900.

Bornhak: Das Verwaltungsrecht in Preußen unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches, im Verw. Arch. Bd. 8, S. 1 ff.

Brandt, A.: Das Beamtenrecht, in den Handbüchern des Verwaltungsrechts, Bd. V., Berlin 1926.

v. Brauchitsch: Die preußischen Verwaltungsgesetze, Berlin 1925, neu herausgegeben von Drews und Lassar.

Bühler, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin - Stuttgart - Leipzig 1914.

— Mayers Deutsches Verwaltungsrecht, Besprechung im Verw. Arch. Bd. 27, S. 283 ff.

— Zur Theorie des subjektiven öffentlichen Rechts, in der Festgabe für Fleiner S. 26 ff., Tübingen 1927.

Dernburg, Heinr.: Rechtsgutachten über den zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt obwaltenden Streit bezüglich der Festungswerke bei der Stadt Basel, Halle 1862.

Drews: Polizei und Schadenersatz nach preußischem Recht; im Preuß. Verw.-Bl. 1926, S. 371 ff.

Ecker, Fritz: Rheinisches Wegerecht, Berlin 1906.

Eger, Georg: Das Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen vom 28. Juli 1892, Hannover 1893.

Eisele, Fridolin: Ueber die Rechtsverhältnisse der res publicae in publico usu, Basel 1873.

v. Eschstruth: Der öffentliche Weg, in Rechts- und Staatswissensch. Studien, Heft 16—18, herausgeg. von Ebering, Berlin 1902.

Eymann, Otto: Das Wassergesetz für das Königreich Bayern vom 23. März 1907, Ansbach 1908.

Flad, Otto: Das Badische Ortsstraßengesetz, Karlsruhe 1909.

Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, Tübingen 1922.

Friedenthal, Ernst: Preußisches Wegerecht unter besonderer Berücksichtigung des schlesischen Provinzialrechts, Breslau 1906.

Friedrichs, Karl: Eigentum an öffentlichen Wegen, in Gruch. Beitr. Bd. 62, S. 456 ff.

— Das Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883, Berlin 1904.

Germershausen, A.: Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preußen; in der Sammlung Handbücher des preußischen Verwaltungsrechts, I. 3. Aufl. Berlin 1907.

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, II. Bd., Leipzig 1905.

Gleim, W.: Das Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen vom 28. Juli 1892, Berlin 1895.

Goez, Karl: Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, Tübingen und Leipzig 1902.

Gordan, Straßeneigentum und moderne Reklame im Luftraum; im Pr. Verw.-Bl. 1926, S. 61 ff.

Gottschalk, Hans: Das preußische Wassergesetz vom 7. April 1913, Bonn 1913.

Guba, Paul: Die öffentlich-rechtlichen Grundlagen des Wegerechts, Diss., Leipzig 1917.

v. Haebler, Karl: Das Wegerecht im Königreich Sachsen. Leipz. 1913.

Haller, Friedr.: Württembergisches Wassergesetz vom 1. Dez. 1900, Stuttgart 1902.

Hatschek, Julius: Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuch, im Verw.-Arch. Bd. 7.

— Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, Leipzig und Erlangen 1924.

Hawelka, Fritz: Die Rechte an öffentlichen Wegen in Oesterreich, in den Wiener staatswissensch. Studien, 9. Bd., III. Aufl. Wien und Leipzig 1910.

Helfritz, Hans: Der Meeresstrand im preußischen öffentlichen Recht der Gegenwart; im Ergänzungsbd. zu den Entsch. des OVG, Festgabe zur Feier des 50 jährigen Bestehens des OVG, Berlin 1925, S. 62 ff.

Herrnitt, Rud. Herm.: Grundlehren des Verwaltungsrechts mit vorzugsweiser Berücksichtigung der in Oesterreich geltenden Rechtsprechung, Tübingen 1921.

Hey, Heinz Rich.: Die Ortsstatuten und das Bauverbot des Fluchtliniengesetzes, Diss., Bonn 1913.

v. Hippel, E.: Das preußische Wassergesetz, Berlin SW. 1913.

v. Hippel, Ernst: Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes, Berlin 1924.

Hirsekorn, Simon: Ueber die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, Berliner Diss., Berlin 1879.

Holstein: Die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, Berlin 1921.

Holtz u. Kreutz: Das preußische Wassergesetz vom 7. April 1913, Berlin 1914, Bd. II, 1919.

Huber, Emil: Die Wassergesetze Elsaß-Lothringens, Mannheim 1892.

Hue de Grais—Peters: Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und im Deutschen Reiche, Berlin 1926.

Illing-Kautz: Handbuch für preußische Verwaltungsbeamte, Berlin 1905.

Jellinek, Georg: Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Besprechung im Verw.-Arch. Bd. V, S. 304 ff.

Jellinek, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913.

— Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung; im Ergänz.-Bd. zu den Entsch. des Preuß. OVG, Berlin 1925.

Junghans: Der Einfluß des Zweckverbandsgesetzes für Großberlin auf der Grundlage der Großberliner Gemeinden in ihrem Verhältnis zu dem Zweckverband und zu den Straßenbahngesellschaften; im Pr. Verw.-Bl. Bd. 35, S. 741 ff.

Just, Otto: Wegeordnung für die Provinz Westpreußen vom 27. Sept. 1905, Berlin 1906.

Kersten: Einiges aus der Wegepolizei; im Preuß. Verw.-Bl. 1926. S. 589 ff.

Kittel, Theodor: Die rechtliche Stellung des Straßenbahnunternehmers zum Staat und zur Gemeinde nach deutschem Verwaltungsrecht; in den Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen und Abhandlungen Bd. 23, S. 191 ff. und S. 327 ff., Breslau 1907.

Kloess, Arno: Die allgemeinen Sachen Luft und Wasser nach geltendem Rechte, Halle 1907.

— Das deutsche Wasserrecht und das Wasserrecht der Bundesstaaten des Deutschen Reiches, Halle 1908.

Kormann, Karl: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.

— Grundzüge des sächsischen Wegerechts, in Fisch. Zeitschr. Bd. 43, S. 1 ff. Leipzig 1914.

Kühne, Wilhelm: Das preußische Wegerecht; in Staats- und Selbstverwaltung, Berlin, Bd. 35.

Lassar, Gerh.: Grundbegriffe des preußischen Wegerechts, Berlin 1914.

Laue: Die Bedeutung der Badekonzession für den Gemeingebrauch und das regale Nutzungsrecht am Meeresstrande; im Pr. Verw.-Bl. 1927. Bd. 48, S. 377 ff.

Layer, Max: Prinzipien des Enteignungsrechts; in den Staats- und Wissenschaftlichen Abhandlungen von G. Jellinek u. G. Anschütz, Lpzg. 1912.

Loomann: Die Rechtsverhältnisse öffentlicher Straßen in Preußen, Hannover 1917.

Lympius, E. v.: Die Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche, Berlin 1925.

Mandry, Gustav: Das württembergische Privatrecht, Tübingen und Leipzig 1901.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, III. Aufl. München-Leipzig 1924.

Meyer, August F.: Das Wassergesetz des Königreichs Sachsen vom 12. III. 1909, Leipzig 1910.

Meyer-Anschütz: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl.

Meyer, Georg: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, bearbeitet von Franz Dochow, München und Leipzig 1910.

Mohn, Ludwig: Preußisches Verwaltungsrecht, Berlin 1918.

Moll, Walter: Zur Lehre von den öffentlichen Sachen, in Gruch. Beitr. 1910, Bd. 54. S. 313 ff.

Müller, Emil: Das Eigentum an den öffentlichen Sachen im Schweizer Recht; in der Zeitschr. f. Schweiz. Recht. Bd. 53, S. 207 ff.
Nieder: Wassergesetz für Württemberg, Ellwangen 1902.
Osswald: Die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen nach geltendem deutschen Privat- und Verwaltungsrecht, Heidelberger Diss. Heidelberg 1909.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht, IV. Aufl. Berlin 1920.
Pollmar: Das Recht des Anliegers an den fließenden Privatgewässern im Königreich Sachsen; im Sächs. Arch. f. Rechtspflege, Bd. V, 1910, S. 457 ff.
Randa, Anton: Das Eigentumsrecht nach österreichischem Recht, Leipzig 1884.
Regelsberger, Ferd.: Pandekten; in Bindings Handbuch der Rechtswissenschaft, Leipzig 1893.
Rosenfeld: Das Wesen des Rechts auf Gemeingebrauch, Rostocker Diss. Berlin 1890.
v. Rosenkampff: Bauerlaubnis und Nachbarrecht, Diss., Greifswald 1914.
Schelcher, Herb.: Der öffentliche Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und für das Privatrecht; in Fisch. Zeitschr. Bd. 31, S. 1 ff.
— Zur Lehre vom öffentlichen Eigentum, in Fisch. Zeitschr. Bd. 48, S. 345 ff. Leipzig 1918.
Schelcher, Walt.: Das Telegraphenwegegesetz v. 18. Dez. 1899, Leipzig 1900, in Fisch. Zeitschr. Bd. 21.
— Einführung in das neue sächs. Wasserrecht, in Fisch. Zeitschr. Bd. 35, S. 269 ff., Leipzig 1909.
— Die rechtliche Natur der fließenden Gewässer und der Privatrechte an solchen nach dem sächs. Wassergesetz vom 12. März 1909, in Fisch. Zeitschr. Bd. 46, S. 349 ff.
Schenkel, Karl: Das Badische Wasserrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1902.
Schmidt (Grimma): Die Grundbegriffe des Wegerechts, in Fisch. Zeitschr. Bd. 35, S. 1 ff., Leipzig 1917.
Schmidt, Walter: Das Recht der Wasserbenutzung nach dem preußischen Wassergesetz vom 7. April 1913; im Verw.-Arch. Bd. 22, S. 89 ff.
Schoen: Deutsches Verwaltungsrecht; in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaften, IV. Bd., München-Leipzig 1914.
Schultz, Ferd.: Zum preußischen Wegerecht, Paderborn 1893.
Schultzenstein: Besprechung von: Herbert Schelcher, Zur Lehre vom öffentlichen Eigentum; im Verw.-Arch. Bd. 27, S. 304 ff.
— Zur Inanspruchnahme von Wegen für den öffentlichen Verkehr, im Verw.-Arch. Bd. 27, S. 394 ff.
— Die Widmung zum öffentlichen Wege; im Verw.-Arch. Bd. 28, S. 169 ff.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht, München, Berlin und Leipzig 1926.
Stengel, Karl: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart 1886, in der Handbibliothek des öffentl. Rechts von v. Kirchheim.
Stengel: Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, herausgegeben von M. Fleischmann, Tübingen 1914.

Sperl, Hans: Die Benutzung öffentlicher Straßen durch eine Lokalbahn, Wien 1905.
Stoerck, Felix: Die Verstempelung der Zustimmungsverträge als Mietsverträge; in den Eisenbahnrechtlichen Entscheid. und Abhandulnegn Bd. 22, S. 306 und Bd. 23, S. 205 ff., Breslau 1905—1907.
Strauß u. Torney: Das Gesetz betreffs die Anlegung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften vom 2. Juli 1885, Berlin 1905.
Theissig: Das Recht der Straßenbahngesellschaften zur Benutzung öffentlicher Gemeindewege und die Straßenbenutzungsverträge; in Fisch. Zeitschr. Bd. 37, S. 1 ff., Leipzig 1910.
Theobald, Herm.: Die Rechtsverhältnisse öffentlicher Sachen, Heidelberger Diss., Mannheim 1912.
Ullmann: Straßenbenutzungsverträge zwischen Kleinbahnunternehmern und Wegeunterhaltungspflichtigen; in Gruch. Beitr. Bd. 56, S. 250 ff.
v. Wächter, Carl Georg: Pandekten, Leipzig 1880/81.
Walz: Das badische Ortsstraßenrecht, Heidelberg 1900.
Wappäus, Heinr.: Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen, Göttingen 1867.
Zorn, Phil.: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin S. W. 1895.

## Entscheidungssammlungen.

Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen, Zeitschrift für Eisenbahnrecht, Breslau.
Entscheidungen des Königlichen Obertribunals, Berlin.
Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichtes, Berlin.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Berlin.
Jahrbücher des sächsischen Oberverwaltungsgerichtes.
v. Kamptz: Die Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts, Berlin.
Soergel: Jahrbuch der Rechtssprechung zum Verwaltungsrecht, Stuttgart.
Striethorst: Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Obertribunals gelangt sind, Berlin.

# Lebenslauf.

Als Sohn des Kaufmanns Heinrich van Almsick wurde ich am 28. September 1903 zu Essen-Borbeck geboren. Der Weltanschauung nach bin ich Katholik, der Staatsangehörigkeit nach Preuße.

Ostern 1922 wurde mir von dem Goethegymnasium in Essen-Rüttenscheid ein Reifezeugnis ausgestellt. Darauf studierte ich 7 Semester Jura, ohne mich lediglich auf das Fachstudium zu beschränken. Im Sommer 1922 war ich in Innsbruck, im Winter 1922/23 in Münster, im Sommer 1923 in Hamburg und vom Winter 1923/24 bis zum Herbst 1925 wieder in Münster immatrikuliert.

Zu meiner weiteren Ausbildung machte ich drei Auslandsreisen, und zwar nach Schweden, Norwegen, Lappland, Dänemark, Oesterreich, Ungarn und ins Balticum.

Am 20. und 22. Januar 1926 legte ich vor dem Oberlandesgericht in Hamm das Referendarexamen ab. Am 11. Mai 1927 unterzog ich mich dem Rigorosum der juristischen Fakultät in Münster.

Im übrigen hat sich in meinem Leben viel ereignet, was nicht wert ist, aufgezeichnet zu werden; was aber der Aufzeichnung wert wäre, gehört nicht hierher.

WILHELM HELMUTH VAN ALMSICK.